Direito do Consumidor: reflexões quanto aos impactos da pandemia de Covid-19

Edição especial de 30 anos de vigência do CDC

Volume 2

Alexandra Fuchs de Araújo
Alexandre Dartanhan de Mello Guerra
Alexandre David Malfatti
Alexandre Jorge C. da Cunha Filho
Ana Rita de Figueiredo Nery
André Rodrigues Corrêa
Andréia Maura Bertoline R. de Lima
Bruno Miragem
Cassio Pereira Brisola
Cinara Palhares
Clarissa Costa de Lima
Claudia Lima Marques
Claudia Maria Chamorro R. Campaña
Felipe Koury
Fernanda Henriques Gonçalves Zoboli
Fernando Campos Scaff
Francisco Eduardo Loureiro
Frederico da Costa Carvalho Neto
Gilson Delgado Miranda
Guilherme Ferreira da Cruz
Ingo Wolfgang Sarlet
Isabela Maiolino
Juan Paulo Haye Biazevic
Luciano Benetti Timm
Luiz Antonio Rizzatto Nunes
Marcelo Barbosa Sacramone
Márcia Helena Bosch
Mônica Rodrigues Dias de Carvalho
Patricia Bueno Scivittaro
Patricia Miranda Pizzol
Paulo Furtado de Oliveira Filho
Paulo Henrique Ribeiro Garcia
Paulo Rogério Bonini
Reynaldo Mapelli Júnior
Ricardo Dal Pizzol
Ricardo Morishita Wada
Ronaldo Porto Macedo Junior
Sérgio Seiji Shimura
Sophia Martini Vial
Tasso Duarte de Melo
Tiago Fensterseifer
William Santos Ferreira

Prefácio: Luis Francisco Aguilar Cortez

Apresentação: Alexandre David Malfatti e Sérgio Seiji Shimura

Direito do Consumidor:
reflexões quanto aos impactos da pandemia de Covid-19

Edição especial de 30 anos de vigência do CDC

Volume 2

Coordenadores da obra
Desembargador Sérgio Seiji Shimura
Juiz Alexandre David Malfatti
Juiz Paulo Henrique Ribeiro Garcia

Coordenação
Alexandre David Malfatti
Paulo Henrique Ribeiro Garcia
Sérgio Seiji Shimura

Coordenação editorial
Marcelo Alexandre Barbosa

Capa
Esmeralda Luana Wonke Scopesi

Editoração, CTP, impressão e acabamento
Personal 7 Produtos Promocionais

Diagramação
Dirceu Caróci

Revisão
Tikinet Edição Ltda.

Tiragem
525 exemplares

Direito do Consumidor: reflexões quanto aos impactos da pandemia de Covid-19 / Coordenação: Alexandre David Malfatti, Paulo Henrique Ribeiro Garcia e Sérgio Seiji Shimura. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2020. V. 2.

Vários autores.

ISBN 978-85-992910-0-5

1. Direito - coletânea. 2. Direito - Brasil. 3. Direito do Consumidor. 4. Pandemia. 5 Covid-19. I. Malfatti, Alexandre David. II. Garcia, Paulo Henrique Ribeiro. III. Shimura, Sérgio Seiji. IV. Título.

CDU-366(81)(082)

Ficha catalográfica elaborada pelo Serviço de Acervo da
Biblioteca da Escola Paulista da Magistratura
Bibliotecária: Cintia Pontes de Souza - CRB8/5730

Escola Paulista da Magistratura
Rua da Consolação, 1.483 - 1º, 2º, 3º e 4º andares
01301-100 - São Paulo - SP
Fones: (11) 3255-0815 / 3257-8954
www.epm.tjsp.jus.br – imprensaepm@tjsp.jus.br

Sumário

Volume 1

Volume 2

IV — Da proteção contratual: impossibilidade superveniente, revisão e resolução contratual — os impactos obrigacionais e a harmonização dos interesses lesados em decorrência da pandemia da Covid-19

IV
Da proteção contratual: impossibilidade superveniente, revisão e resolução contratual – os impactos obrigacionais e a harmonização dos interesses lesados em decorrência da pandemia da Covid-19

O direito de arrependimento, a pandemia e a Lei 14.010/2020

Fernanda Henriques Gonçalves Zoboli
Juíza de Direito no Estado de São Paulo

1. Introdução

A disseminação do coronavírus pelo território brasileiro, que levou à necessária adoção da quarentena, atingiu de forma direta as relações de consumo. E como todo momento excepcional a pandemia deve ser encarada, no que diz respeito ao Direito do Consumidor, levando-se em conta as especificidades do momento, considerando o fechamento do comércio, estabelecimentos e indústrias, bem como a reclusão dos consumidores às suas residências.

Se é certo que houve a diminuição do contato físico direto entre fornecedor e consumidor, houve também um incremento das compras via internet, com a celebração de contratos eletrônicos e a realização de entregas em domicílio.

Com isso, evidenciou-se o direito de arrependimento já previsto no artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe sobre a desistência do contrato, por parte do consumidor, no prazo de sete dias, a contar da assinatura do contrato ou do recebimento do produto, para as situações em que o negócio jurídico foi celebrado fora do estabelecimento comercial.

Antecipando os problemas que poderiam surgir com a pandemia, o senador Antônio Anastasia propôs o Projeto de Lei 1.179/2020, com o

intuito de regular as relações jurídicas de Direito Privado neste período extraordinário.

O Projeto converteu-se na Lei 14.010/2020, que entrou em vigor em 10 de junho de 2020, e, no que tange às relações de consumo, alterou as hipóteses para o exercício do direito de arrependimento, assim como permitiu o impedimento/suspensão do prazo de reflexão de sete dias.

No presente artigo, pretendemos realizar uma análise minuciosa do arrependimento e como ele deve funcionar, ao menos enquanto houver restrição de circulação de pessoas e da abertura de estabelecimentos, abordando algumas especificidades do comércio eletrônico.

2. Direito de arrependimento

O Código de Defesa do Consumidor é norma de ordem pública e de interesse social que advém da determinação constitucional para que o Estado promova a defesa do consumidor, art. 5º, XXXII, da Constituição Federal de 1988, reforçada pelo art. 170, V, e art. 48 das Disposições Transitórias.

As disposições constitucionais são diretrizes da solidariedade social que possuem reflexo direto na interpretação dos contratos, que passam a ser examinados, a partir da Constituição Federal de 1988, considerando-se a boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico e a função social.

Nesse contexto, tendo em mente que os contratos de consumo são em sua maioria de massa, com cláusulas previamente estabelecidas pelos fornecedores, o consumidor passa a ser encarado como polo vulnerável nas relações contratuais e, para a efetivação da sua proteção, é preciso garantir a igualdade entre os sujeitos da relação, o que deve abranger tanto o âmbito formal quanto o material.

Dessa forma, foi necessário que o Código de Defesa do Consumidor reconhecesse como ponto de partida a vulnerabilidade do consumidor, que vem expressa no artigo 4º, inciso I, e que pode ser de três tipos: técnica, fática e jurídica.

Como ensina Cláudia Lima Marques,[1] a vulnerabilidade técnica é presumida para o consumidor não profissional e diz respeito à ausência de conhecimentos específicos sobre o produto ou serviço negociado. A vulnerabilidade fática está relacionada à desproporção de recursos intelectuais e econômicos. Por fim, a vulnerabilidade jurídica ou científica é a falta de conhecimentos jurídicos, de contabilidade ou de economia.

Foi considerando a vulnerabilidade e a possibilidade de o consumidor ser influenciado e realizar compras de maneira irrefletida, por impulso, ou sem o devido conhecimento do produto, que o CDC estabeleceu o direito a desistir dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial. Assim dispõe o artigo 49:

> Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.
> Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.

Como podemos observar, o direito à desistência não está condicionado a nenhum vício ou defeito do produto ou serviço, bastando que o consumidor manifeste a vontade de exercê-lo dentro do prazo de sete dias da assinatura ou do recebimento, o que ocorrer por último.

Uma vez exercido o direito ao arrependimento, o CDC assegura ao consumidor a devolução integral e atualizada de todos os valores pagos. É importante destacar, entretanto, que além de devolver os valores, conforme previsto no parágrafo único do artigo 49, o fornecedor também está obrigado a arcar com os custos para devolução do produto. Assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.340.604:

---

[1] MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

> Exercido o direito de arrependimento, o parágrafo único do art. 49 do CDC especifica que o consumidor terá de volta, imediatamente e monetariamente atualizados, todos os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, entendendo-se incluídos nestes valores todas as despesas com o serviço postal para a devolução do produto, quantia esta que não pode ser repassada ao consumidor. Assim, todo e qualquer custo realizado pelo consumidor deve ser ressarcido, voltando ao status quo ante. Salienta-se que eventuais prejuízos enfrentados pelo fornecedor neste tipo de contratação são inerentes à modalidade de venda agressiva fora do estabelecimento comercial (internet, telefone, domicílio). Aceitar o contrário é criar limitação ao direito de arrependimento legalmente não previsto, além de desestimular tal tipo de comércio tão comum atualmente.[2]

Quanto ao consumidor, além de observar o prazo para arrependimento, também deverá, em observância à boa-fé, conservar o produto nas mesmas condições em que recebeu, sob pena de se ver obrigado a compensar o fornecedor, na parte em que danificou o bem.

Tema controverso é o que diz respeito à eficácia do contrato enquanto não superado o prazo do artigo 49 do CDC. Abordando o tema, Cláudia Lima Marques[3] enumera três hipóteses possíveis. Na primeira, o contrato ficaria com a eficácia suspensa até o fim do prazo, quando o fornecedor poderia exigir o pagamento. Na segunda, o contrato seria imediatamente eficaz, e o arrependimento seria semelhante a uma condição resolutiva, que extinguiria o vínculo contratual. Finalmente, como terceira opção, o artigo 49 do CDC seria uma nova causa de resolução do contrato, que operaria de pleno direito, exigindo a simples manifestação da vontade. A autora conclui que a última hipótese é a que mais se amolda ao sistema de defesa do consumidor.

---

[2] Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, Recurso Especial nº 1.340.604, Estado do Rio de Janeiro x TV Sky Shop S.A., relator Ministro Mauro Campbell Marques, Brasília, DJ de 15 de agosto de 2013.

[3] MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

Seguindo o mesmo caminho, Cavalieri Filho ensina que o direito de arrependimento é um direito potestativo do consumidor, que pode ser manifestado sem qualquer justificativa, ao qual o fornecedor está submisso.[4]

Ricardo Dal Pizzol, aprofundando o exame da matéria, também defende que o direito de arrependimento é um direito potestativo e prossegue:

> Trata-se de um direito potestativo do consumidor, ao qual corresponde, portanto, uma sujeição do fornecedor, que nada pode fazer para se opor à desistência formulada. Os direitos potestativos são poderes que a lei confere aos seus titulares de influírem, com uma declaração de vontade unilateral de sua parte, na esfera jurídica de outro agente, ao qual resta apenas sujeitar-se aos seus efeitos. Diferem dos direitos subjetivos, na medida em que a estes contrapõe-se não uma sujeição, mas uma prestação do devedor, que pode ser positiva (um dar ou fazer), como nos direitos de crédito, ou negativa (um abster-se), como nos direitos reais 10. Sendo o direito de arrependimento do art. 49 do CDC um direito potestativo, o prazo para seu exercício, de sete dias, só pode ter natureza decadencial, conforme o critério estabelecido pelo Professor Agnelo Amorim Filho.[5]

Sendo o direito potestativo, portanto, o prazo para o seu exercício é decadencial,[6] deve ser contado em dias corridos e só pode ser suspenso de forma excepcional.

---

[4] CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

[5] PIZZOL, Ricardo Dal. Comércio eletrônico e direito de arrependimento: aplicabilidade do art. 49 à compra de passagens aéreas pela internet. *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura,* São Paulo, n. 49, p. 139-164, 2019, p. 142.

[6] José Carlos Moreira Alves, discorrendo sobre a decadência, afirma: "Com efeito, ocorre a decadência quando um *direito potestativo* não é exercido, extrajudicialmente ou judicialmente (nos casos em que a lei — como sucede em matéria de anulação, desquite etc. — exige que o direito de anular, o direito de desquitar-se possa ser exercido em Juízo, ao contrário, por exemplo, do direito de resgate, na retrovenda, que se exerce extrajudicialmente), dentro do prazo para exercê-lo, o que provoca a decadência desse direito potestativo. Ora, os direitos potestativos são direitos sem

3. O comércio eletrônico e o direito de arrependimento

O comércio eletrônico, embora não seja a única forma de contratação que envolva a entrega de produtos em domicílio, sem dúvida é a mais importante delas na atualidade.

Conceituando esse tipo de negociação contratual, Gilberto Marques Bruno aduz que pode ser entendido como "uma modalidade de compra a distância, consistente na aquisição de bens e/ou serviços, através de equipamentos eletrônicos de tratamento e armazenamento de dados, nos quais, são transmitidas e recebidas informações".[7]

Cláudia Lima Marques define o comércio eletrônico como aquele "realizado através de contratações a distância, por meios eletrônicos (e-mail etc.), por internet (on-line) ou por meios de telecomunicações de massa (telemarketing, TV, TV a cabo etc.)".[8]

Como vimos, a redação do artigo 49 do CDC assegura o direito de arrependimento pela compra por telefone ou a domicílio. A maioria da doutrina considera que a enumeração foi meramente exemplificativa e que pode ser somada às modalidades de contratação mencionadas, aquelas feitas por mala direta, reembolso postal, catálogo e via internet.

No entanto, não se pode ignorar a existência de corrente minoritária que defende que a compra via internet implicaria uma "visita virtual" ao estabelecimento, afastando a aplicação do artigo 49.

Felizmente, dada a importância do comércio eletrônico, a jurisprudência tem adotado o posicionamento de que a ele se aplica o direito de arrependimento.

---

pretensão, pois são insusceptíveis de violação, já que a eles não se opõe um dever de quem quer que seja, mas uma sujeição de alguém (o meu direito de anular o negócio jurídico não pode ser violado pela parte a quem a anulação prejudica, pois esta está apenas sujeita a sofrer as consequências da anulação decretada pelo juiz, não tendo, portanto, dever algum que possa descumprir)". ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 161.

[7] ALBERTIN, Alberto Luiz. *Comércio eletrônico:* modelo, aspectos e contribuições de sua aplicação. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Atlas. 2000, p. 23.

[8] MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.* 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 1283.

A divergência parece ter sido superada com a edição do Decreto 7.962/2013, que dispôs sobre a contratação no comércio eletrônico, esmiuçando o direito à informação, o atendimento facilitado ao consumidor e o direito de arrependimento.

As compras *on-line* têm crescido a cada dia e certamente terão uma expansão acelerada como efeito da pandemia. Com isso, diversos consumidores, que até então optavam pela negociação presencial, terão como única possibilidade de aquisição de produtos ou serviços a internet, evidenciando a sua vulnerabilidade, posto que, ainda não acostumados com esse tipo de contratação, poderão se enganar quanto à qualidade, quantidade e adequação dos produtos.

Tal fato, somado às agressivas e avançadas técnicas de *marketing on-line,* reforça a importância do prazo de reflexão, não havendo sentido na interpretação da norma protecionista em desfavor do consumidor, sob pena de perda da sua eficácia.

De forma acertada, Cláudia Lima Marques ressalta que, por meio do comércio eletrônico, todas as técnicas de contratação de massa podem se reunir:

> aqui temos um outro tipo de contrato pós-moderno, em que a impessoalidade é elevada a graus antes desconhecidos e no qual todas as técnicas de contratação de massa se reunirão: do contrato de adesão, das condições gerais dos contratos, ao marketing agressivo, à catividade do cliente, à internacionalidade intrínseca de muitas relações, à distância entre fornecedor e consumidor.[9]

No Decreto 7.962/2013 encontra-se destacado o dever da informação, que deve ser ainda mais completa diante da impossibilidade de o consumidor analisar diretamente o produto nas compras a distância.

---

[9] MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.* 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 1283.

O direito à informação está previsto originalmente no artigo 6º, inciso III, do CDC[10] e exige que o fornecedor apresente informação correta, clara, precisa e ostensiva, tanto na fase pré-contratual, quanto nas fases contratual e pós-contratual. A intenção é que o déficit informacional do consumidor seja suprido, a fim de que realize uma compra consciente, adequada às suas expectativas.

Considerando que a informação nunca será completamente adequada nos contratos celebrados a distância, bem como a possibilidade da realização de *marketing* agressivo por parte dos fornecedores, o Decreto 7.962/2013 tratou do direito de arrependimento no artigo 5º, que que dispõe sobre a necessidade de o consumidor ser informado sobre as formas para o exercício do direito e assegura que deverá ser disponibilizada para o arrependimento a mesma ferramenta utilizada para a compra, sem prejuízo de outras.

4. Lei 14.010/2020

Superada a questão da abrangência do direito de arrependimento, passaremos ao exame da Lei 14.010/2020, que foi publicada e entrou em vigor em 10 de junho de 2020, a qual trata do Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus.

O objetivo da lei, como bem destacado pela senadora Simone Tebet, "é conciliar interesses para, de um lado, prestigiar a manutenção das relações jurídicas de Direito Privado e, de outro, permitir ajustes necessários à proteção das pessoas mais vulneráveis e à viabilização de cumprimento de prazos"[11] durante o período da pandemia.

---

[10] "Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] III — a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (Redação dada pela Lei 12.741, de 2012)".

[11] TEBET, Simone. Parecer nº , de 2020. Do Plenário, sobre o Projeto de Lei (PL) nº 1.179, de 2020, que dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do Coronavírus (Covid-19). Brasília, DF: Senado Federal, 2020. Disponível em: https://bit.ly/33ECkbt. Acesso em: 12 jun. 2020.

No tópico que trata especificamente das relações de consumo, a Lei dispõe que fica suspensa a aplicação do artigo 49 do CDC na hipótese de entrega domiciliar de produtos perecíveis ou de consumo imediato e de medicamentos, até 30 de outubro de 2020.

Inicialmente, o Projeto de Lei 1.179/2020, apresentado pelo senador Antônio Anastasia, previa a suspensão do prazo de reflexão para todos os produtos ou serviços entregues em domicílio.

Há quem defenda que a redação original do PL 1.179/2020 vinha em boa hora, sustentando que a pandemia deixa tanto fornecedores quanto consumidores vulneráveis, afastando a necessidade de proteção destes em detrimento daqueles.

Para nós, se o objetivo da lei era proteger vulneráveis, andou mal o projeto inicial ao determinar a suspensão do direito de arrependimento.

Ocorre que, se de um lado haverá um aprofundamento da crise econômica, de outro os fornecedores que conseguirem se adaptar ao comércio eletrônico poderão sair-se bem da situação, diminuindo custos com estabelecimentos e aumentando as vendas *on-line*. Disso decorre que permanece a desigualdade que justifica o reconhecimento da posição vulnerável do consumidor. Com isso, entendemos que em um momento de intensificação das transações eletrônicas, a proteção legal ao consumidor deve ser reforçada.

Não por acaso, foram propostas sete emendas ao dispositivo, como destacado no parecer da senadora relatora, que apresentou projeto substitutivo:

> As Emendas nºs 41, do Senador José Serra, e 46, da Senadora Soraya Thronicke, sugerem que se preveja um detalhamento do art. 8º. Quer-nos, porém, parecer que o objetivo é focar em casos específicos de aquisições. Antes de tudo, sempre é bom lembrar que o direito de arrependimento assegurado ao consumidor em compras a distância foi uma notável conquista histórica e ela deve ser prestigiada. Não estamos aqui, de modo algum, a revogá-lo! Entretanto, tendo em vista a proibição de atendimento presencial das lojas em razão da pandemia, muitas delas tiveram de passar a

> fornecer serviços de delivery. É importante deixar claro que, no caso de compra de produtos essenciais (como alimentos, remédios etc.) por meio de delivery, o consumidor não haverá de aguardar 7 dias para manifestar seu arrependimento, especialmente porque, no momento em que o consumidor recebe a mercadoria das mãos do entregador, ele poderá se recusar a concretizar a venda se verificar alguma imperfeição no produto. A redação do art. 8º, porém, merece ser aprimorada. Propomos aqui emenda para tanto e, por consequência, as Emendas nºs 41, do Senador José Serra, 46, da Senadora Soraya Thronicke, 54, do Senador Arolde de Oliveira, 61, do Senador Rogério Carvalho, 72, do Senador Fabiano Contarato, 74, do Senador Chico Rodrigues, 77, do Senador Rodrigo Cunha, são parcialmente acatadas.[12]

Se o intuito da Lei é proteger vulneráveis, o consumidor deveria ter a proteção ampliada e não restringida, posto que a pandemia apenas acentua a sua vulnerabilidade.

Além disso, é preciso destacar que o prazo de reflexão é benéfico também para os fornecedores, enquanto traz segurança para o comércio eletrônico e incentiva o aumento do consumo por esta via. O consumidor confiante consumirá mais, num ciclo de retroalimentação.

Acertadamente, a nosso ver, o Senado acabou por aprovar o projeto substitutivo e o artigo 8º foi sancionado para suspender o prazo de reflexão apenas em relação aos produtos perecíveis ou de consumo imediato e medicamentos, quando realizada entrega domiciliar.[13]

A restrição ao prazo de reflexão para produtos perecíveis ou de consumo imediato pode ser justificada pela impossibilidade de o

---

[12] TEBET, Simone. Parecer nº , de 2020. Do Plenário, sobre o Projeto de Lei (PL) nº 1.179, de 2020, que dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do Coronavírus (Covid-19). Brasília, DF: Senado Federal, 2020. Disponível em: https://bit.ly/33ECkbt. Acesso em: 12 jun. 2020.

[13] "Art. 8º Até 30 de outubro de 2020, fica suspensa a aplicação do art. 49 do Código de Defesa do Consumidor na hipótese de entrega domiciliar (delivery) de produtos perecíveis ou de consumo imediato e de medicamentos."

consumidor manter a sua integridade, tal qual tenha recebido, pelo prazo de sete dias, o que, por si só, já impediria o exercício do direito.

Em relação aos medicamentos, também foi correta a previsão, uma vez que não poderão ser revendidos depois de acondicionados no domicílio de um consumidor, mesmo em períodos anteriores ou posteriores à pandemia.

Destacamos que a devolução, para estes produtos, fica impedida apenas se fundamentada no artigo 49, o qual não exige nenhuma justificativa por parte do adquirente. Permanecem as demais formas de proteção ao consumo, tal como a responsabilidade do fornecedor por vício ou defeito do produto ou serviço, bem como não se estende às situações em que se constatar a publicidade enganosa, vedada pelo art. 37 da Lei 8.078/90.

5. O impedimento e a suspensão da decadência e a limitação temporal da Lei 14.010/2020

A Lei 14.010/2020 entrou em vigor somente em 10 de junho de 2020, mas tutela as relações jurídicas estabelecidas desde o dia 20 de março de 2020, como expressamente consta no artigo 1º, parágrafo único.[14]

Outro marco temporal interessante é o prazo final para que as suas disposições tenham validade, qual seja, 30 de outubro de 2020, quando se espera que o coronavírus e seus efeitos já estejam controlados.

O artigo 3º[15] assegura o impedimento e a suspensão dos prazos prescricionais e decadenciais a partir da entrada em vigor da Lei, até o marco de 30 de outubro.

---

[14] "Art. 1º Esta Lei institui normas de caráter transitório e emergencial para a regulação de relações jurídicas de Direito Privado em virtude da pandemia do coronavírus (Covid-19). Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se 20 de março de 2020, data da publicação do Decreto Legislativo nº 6, como termo inicial dos eventos derivados da pandemia do coronavírus (Covid-19)."

[15] "Art. 3º Os prazos prescricionais consideram-se impedidos ou suspensos, conforme o caso, a partir da entrada em vigor desta Lei até 30 de outubro de 2020. § 1º Este artigo não se aplica enquanto perdurarem as hipóteses específicas de impedimento, suspensão e interrupção dos prazos prescricionais previstas no ordenamento jurídico nacional. § 2º Este artigo aplica-se à decadência, conforme ressalva prevista no art. 207 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)".

Parece-nos que está neste artigo 3º o principal benefício da nova lei aos consumidores. Isso porque, como discorremos no tópico anterior, o prazo de reflexão é decadencial e, portanto, está sujeito à nova modalidade de impedimento/suspensão criada.

Considerando a redução da mobilidade dos consumidores e todas as dificuldades que podem dela surgir para o exercício do direito de arrependimento, é imprescindível que o prazo fique impedido/suspenso, permitindo ao consumidor preservar a sua saúde e não se expor ao vírus ao sair de casa para realizar a devolução dos produtos.

A própria manifestação em si do arrependimento pode ser prejudicada, em especial com o advento da Portaria 156 do Ministério da Justiça e Segurança Pública, que suspende o tempo máximo para o contato direito com o atendente no Serviço de Atendimento ao Consumidor, o que pode acarretar horas de espera ao telefone, simplesmente para exercer o direito previsto no artigo 49.

Assegurada, portanto, a paralisação na contagem do prazo de reflexão, cabe advertir que o consumidor deverá observar a boa-fé e manter o produto nas condições em que recebeu, na medida do possível, sob pena de ser obrigado a ressarcir o fornecedor por eventuais danos.

Tendo em vista que a suspensão do prazo decadencial só foi estabelecida a partir da entrada em vigor da Lei, como ficam as situações em que o contrato foi celebrado no seu período de tutela, a partir de 20 de março de 2020, e a assinatura ou recebimento ocorreu até sete dias antes da entrada em vigor da lei?

Para tais situações, o prazo não estaria suspenso? O consumidor teria de expor-se ao risco de contaminação pelo coronavírus para efetuar a devolução do produto? A resposta que mais nos parece adequada é que a suspensão deve ser concomitante ao início dos efeitos da pandemia. De nada adianta tutelar os direitos consumeristas, sob a justificativa de proteger vulneráveis em momento de crise, se os seus efeitos apenas se iniciarem três meses após o começo da pandemia.

Discorrendo sobre o tema da prescrição e da decadência no período anterior à Lei 14.010/2020, Pablo Stolze Gagliano e Carlos Eduardo Elias de Oliveira defendem a aplicação do princípio *contra non valentem agere non currit praescriptio:*

> Indaga-se: para o período anterior à entrada em vigor da Lei do RJET, é possível defender uma paralisação específica dos prazos prescricionais?
>
> Entendemos que sim, a depender do caso concreto, com base no princípio do ‘contra non valentem agere non currit praescriptio’ [14]. Não se ignora que há quem defenda que as hipóteses de suspensão e impedimento da prescrição estão arroladas taxativamente na lei (‘numerus clausus’), mas o próprio STJ admite outras situações de paralisação dos prazos mesmo sem previsão legal, a exemplo da Súmula nº 229/STJ (‘O pedido do pagamento de indenização à seguradora suspende o prazo de prescrição até que o segurado tenha ciência da decisão’)[15]. No caso da pandemia do coronavírus, é razoável considerar que, a partir de 3 de fevereiro de 2020 (data da Portaria GM/MS nº 188/2020), já se pode presumir que a pandemia já impunha dificuldades para os titulares de direitos violados adotarem atos de cobrança, a bloquear a fluência do prazo prescricional, salvo prova em contrário no caso concreto[16]. Antes de 3 de fevereiro de 2020, apesar de os rumores acerca do perigo da Covid-19 já estarem ecoando no Brasil, não é razoável entender que tenha havido obstáculos ao titular do direito para formular a sua respectiva pretensão em juízo, salvo prova contrária no caso concreto (ex.: o titular do direito estava retido na Cidade de Wuhan em janeiro de 2020 sem poder voltar ao Brasil para cobrar a satisfação de seu direito).[16]

O princípio mencionado pelos autores indica que a prescrição e a decadência não começam a correr se a pretensão não puder ser exercida, no caso em questão, em razão da Covid-19.

Nesse sentido, é válido concluir que o prazo decadencial estaria suspenso ao menos desde a declaração da pandemia pela OMS, em 11

---

[16] GAGLIANO, Pablo Stolze; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Comentários à Lei da Pandemia (Lei 14.010/2020). *Jusbrasil,* [S. l.], 2020. Disponível em: https://bit.ly/33EdB78. Acesso em: 15 jun. 2020.

de março de 2020. Com a ressalva de que nestas situações o fornecedor poderá comprovar que o consumidor poderia ter exercido seu direito de arrependimento normalmente.

6. Conclusão

A nosso ver, a Lei 14.010/2020 pouco impacto terá em relação à suspensão do prazo de reflexão para produtos perecíveis ou de consumo imediato e medicamentos, visto que mesmo antes da pandemia a devolução deste tipo de produto sempre foi realizada por motivos diversos, tais como vícios de qualidade ou quantidade, diante da impossibilidade de conservação pelos consumidores pelo prazo de sete dias e de revenda pelos fornecedores.

Por outro lado, foi muito importante a previsão de impedimento/suspensão dos prazos decadenciais. O direito de arrependimento encontra-se prejudicado, seja pela impossibilidade de o consumidor se dirigir a uma loja física, o que facilita o diálogo com o fornecedor e a possibilidade de eventual troca de produto por outro que melhor lhe satisfaça, seja pela necessidade de resguardar a sua saúde, evitando a sua exposição ao coronavírus em caso de o meio de devolução do produto ser feito por meio do correio, ou até mesmo pela dificuldade em estabelecer contato com o fornecedor via SAC.

Por fim, destacamos que mesmo com o prazo suspenso/impedido, o adquirente poderá contatar o fornecedor para exercício do seu direito de arrependimento antes de 30 de outubro de 2020, caso tenha interesse em receber a devolução imediata de seu dinheiro e/ou não tenha condições de manter o produto em sua residência.

Nesta última hipótese, e em tempos de restrição à circulação, cabe ao fornecedor facilitar a devolução dos produtos, oferecendo a mesma forma de retirada que foi utilizada para a entrega do bem. Se houve a entrega via correio, por exemplo, o fornecedor deverá possibilitar o recolhimento em domicílio, que é oferecido pela ECT.

Diante das inúmeras variáveis que podem surgir com a pandemia, caberá aos consumidores e fornecedores estabeleceram um diálogo fundado na boa-fé para a obtenção da solução de conflitos sem a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário. Caso a judicialização seja

inevitável, restará aos operadores do direito considerar o caso concreto sempre sob a perspectiva da excepcionalidade do momento que estamos vivendo, sem se distanciar dos princípios inerentes às relações de consumo e considerando a vulnerabilidade do consumidor.

Referências

ALBERTIN, Alberto Luiz. *Comércio eletrônico:* modelo, aspectos e contribuições de sua aplicação. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2000.

BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos e; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. Constituição de República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto nº 7.962, de 5 de março de 2013. Regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 15 mar. 2013.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União:* seção 1, Brasília, DF, n. 8, p. 1, 11 jan. 2020.

BRASIL. Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). *Diário Oficial da União:* seção 1, Brasília, DF, p. 1, 12 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 set. 1990.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Comentários à Lei da Pandemia (Lei 14.010/2020). *Jusbrasil*, [S. l.], 2020. Disponível em: https://bit.ly/33EdB78. Acesso em: 15 jun. 2020.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.* 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

PIZZOL, Ricardo Dal. Comércio eletrônico e direito de arrependimento: aplicabilidade do art. 49 à compra de passagens aéreas pela internet. *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, n. 49, p. 139-164, 2019.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor:* direito material e processual. 7. ed. São Paulo: Método, 2018.

TEBET, Simone. *Parecer nº , de 2020*. Do Plenário, sobre o Projeto de Lei (PL) nº 1.179, de 2020, que dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do Coronavírus (Covid-19). Brasília, DF: Senado Federal, 2020. Disponível em: https://bit.ly/33ECkbt. Acesso em: 12 jun. 2020.

Renegociação de contratos relacionais em momentos excepcionais — como na pandemia

Ronaldo Porto Macedo Jr.
Professor

Sumário: Introdução; Contratos relacionais e suas características; O que são contratos relacionais? A boa-fé numa perspectiva relacional; Contratos relacionais e o dever de renegociar; Referências.

Introdução

As recentes crises econômica, social e de saúde provocadas pela pandemia da Covid-19 trouxeram vários tipos de desafios para o direito. Os efeitos dessas crises são inúmeros e têm desafiado legisladores, juristas e operadores do direito a pensar em como lidar com uma nova realidade marcada por elevadíssimo grau de inadimplência, falências e recuperações judiciais, aumento repentino do comércio eletrônico, consumo de serviços de delivery, mudanças em hábitos e padrões de consumo, superendividamento do consumidor, escassez de crédito, elevação anormal dos riscos de contágio em escolas, prisões, hospitais e clínicas de idosos etc. Os impactos são profundos e múltiplos e irão demandar respostas pontuais e particularizadas.

Tomemos como caso paradigmático um contrato de prestação de serviço educacional contratado para uma criança cujos pais se tornaram inadimplentes em razão da perda substancial de sua renda em razão da pandemia. O exemplo é bem comum e despertou a reação de diversas entidades de proteção do consumidor no Brasil. Vou abordar a questão do suposto "dever de renegociar", bem como as condições e formas nas quais ele se impõe. Afinal, este seria um mero dever de "tentar" a renegociação ou envolveria um direito a ver um contrato tornado oneroso ser modificado? Neste caso, em que bases e de que maneira?

Pretendo inicialmente apresentar uma breve conceituação dos contratos relacionais e mostrar como alguns princípios gerais, em particular a boa-fé, operam de uma perspectiva relacional. Em seguida, examinarei algumas alternativas existentes para lidar com o problema da renegociação dos contratos relacionais de consumo em tempos de "nova normalidade".

Contratos relacionais e suas características

Um elemento comum a boa parte dos impactos da pandemia e à "nova normalidade" (como já vem sendo denominada a realidade que dela decorreu) encontra-se nas relações contratuais, em particular nas relações contratuais de caráter mais acentuadamente relacionais. Para enfrentá-las e entendê-las é necessário compreender o que são os contratos relacionais e em que medida o seu próprio conceito está na raiz das respostas jurídicas que podem dar neste momento excepcional de funcionamento. Por outro lado, cumpre também analisar em que medida uma "nova normalidade" pode gerar efeitos jurídicos para contratos que já estavam em andamento. Em outras palavras, cabe entender em que medida a normalidade[1] se constitui numa nova normatividade e quais são os seus efeitos jurídicos mais diretos.

Ian Macneil costumava salientar que todos os contratos são relacionais,[2] no sentido de que todos ocorrem dentro de uma certa matriz social que regula formas de relações entre sujeitos contratantes. Eles não existem sem contexto social, econômico, linguístico e moral normativo. Contratos não são uma criação destacada do mundo real realizada através de suas promessas intercambiadas entre Tício e Caio sobre um objeto preciso, com termos precisos e através de uma negociação instrumental exclusivamente orientada por interesses racionais e econômicos, independentemente de qualquer contexto social e econômico.

---

[1] Analisei com maior profundidade o conceito de normalidade nas relações jurídicas, em particular em contratos relacionais em: MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

[2] MACNEIL, Ian. *The new social contract:* an inquiry into modern contractual relations. New Haven: London: Yale University Press, 1980.

Segundo Macneil, contratos relacionais, numa brevíssima e provisória conceituação, são contratos projetores de trocas no futuro,[3] que se desenvolvem numa relação complexa, na qual elementos não promissórios do contrato relacionados ao seu contexto são levados em consideração significativamente para a sua definição. Isto é particularmente evidente e claro em contratos que se prolongam no tempo, em contratos de longa duração.

Em contratos relacionais, em sentido amplo, a relação entre pessoas que trocaram, estão trocando ou esperam trocar no futuro é relevante do ponto de vista normativo, uma vez que as expectativas geradas são fontes obrigacionais. Por este motivo, eles são chamados de *relacionais*.

Vivemos numa sociedade de consumo de massa cada vez mais voltada para o fornecimento de serviços.[4] Uma das marcas desta nova sociedade de serviços é certamente a ampliação da natureza relacional dos contratos de consumo em relação aos contratos descontínuos. Tal fato tem trazido importantes mudanças na questão da tutela do direito de informação ao consumidor. Tais aspectos são especialmente relevantes num momento de alteração da normalidade social e econômica em razão da pandemia provocada pela Covid-19.

O que são contratos relacionais?

A despeito da terminologia dos contratos relacionais estar sendo cada vez mais adotada por ampla parcela da bibliografia jurídica e econômica sobre teoria contratual, em especial na Europa e Estados Unidos, a sua introdução no Brasil é relativamente recente.[5] Assim,

---

[3] Ian Macneil, especialmente: MACNEIL, Ian. The many futures of contracts. *California Law Review,* Berkeley, v. 47, n. 691, p. 696-816, 1974.

[4] Desenvolvi este argumento em meu artigo “Globalização e Direito do Consumidor” no livro *Direito global* (MACEDO JR., Ronaldo Porto. Globalização e direito do consumidor. *In:* SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (org.). *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

[5] Uma decisão importante do STJ conferiu-lhe ainda mais visibilidade: STJ, REsp 1073595 (2008/0150187-7 — 29/4/2011). A ministra Nancy Andrighi, relatora da matéria e do voto vencedor, entendeu que o contrato de seguro firmado entre um segurado de Minas Gerais com a SulAmérica Seguros de Vida e Previdência S/A deveria ser reconhecido como um contrato relacional. Afirmou:

ainda me parece oportuno a apresentação de algumas de suas características. Para tal tarefa utilizo-me aqui da distinção proposta por Ian Macneil entre contratos descontínuos e contratos relacionais.[6]

Os contratos descontínuos (*discrete contracts*) têm como características básicas o fato de serem impessoais, "presentificadores" (i.e., tendem a tornar presente o futuro), envolverem uma barganha entre partes instrumentalmente orientadas e requererem mútuo consentimento. Ele é *descontínuo e compõe uma entidade separada*, na medida em que planeja uma transação separada de todas as transações a ela anteriores, contemporâneas ou subsequentes. Cada ato contratual é considerado um ato isolado, independente e autônomo, pois tem em si todos os seus elementos essenciais constitutivos

Ele é também *impessoal* porque define a transação em termos de simples troca de mercadoria, isto é, em termos de descrição, de preço,

---

"O contrato sub judice não pode, em hipótese alguma, ser analisado isoladamente, como um acordo de vontades voltado ao estabelecimento de obrigações recíprocas por um período fixo, com faculdade de não renovação. Essa ideia, identificada com o que Ronaldo Porto Macedo Jr. chamou de 'contratos descontínuos', põe de lado a percepção fundamental de que qualquer contrato de seguro oferecido ao consumidor, notadamente por um longo período ininterrupto de tempo, integra o rol de contratos que a doutrina mais autorizada convencionou chamar de contratos relacionais (MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007), ou contratos cativos de longa duração (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor:* o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005). Nesses contratos, para além das cláusulas e disposições expressamente convencionadas pelas partes e introduzidas no instrumento contratual, também é fundamental reconhecer a existência de deveres anexos, que não se encontram expressamente previstos mas que igualmente vinculam as partes e devem ser observados. Trata-se da necessidade de observância dos postulados da cooperação, solidariedade, boa-fé objetiva e proteção da confiança, que deve estar presente, não apenas durante período de desenvolvimento da relação contratual, mas também na fase pré-contratual e após a rescisão da avença".

[6] Ver Ian Macneil, especialmente: MACNEIL, Ian. The many futures of contracts. California Law Review, Berkeley, v. 47, 1974; *The new social contract:* an inquiry into modern contractual relations. New Haven: London: Yale University Press, 1980. Nesta parte do texto reproduzo algumas explicações já apresentadas em trabalhos anteriores, em especial: MACEDO JR., Ronaldo Porto. Contrato previdenciário como contrato relacional. *Revista de Direito do Consumidor,* São Paulo, n. 22, 1997; MACEDO JR., Ronaldo Porto. Os contratos previdenciários, a informação adequada e os riscos do consumidor. *Revista da Associação Paulista do Ministério Público,* São Paulo, n. 23, 1998; MACEDO JR., Ronaldo Porto. Interpretação da boa-fé nos contratos brasileiros: os princípios jurídicos em uma abordagem relacional (contra a euforia principiológica). *In:* MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org.). *Direito e interpretação:* racionalidades e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 307-336. Todos republicados em: MACEDO, JR., Ronaldo Porto. *Ensaios de direito privado e social:* contratos, meio ambiente e tutela coletiva. São Paulo: Saraiva, 2015.

de quantidade e data de entrega do bem. Nele nenhuma importância é conferida à qualidade das partes contratantes, sua pertinência a classe, "status", grupo, família ou situação social. Basta apenas a sua subsunção ao conceito geral e abstrato de sujeito de direito.

Ele é presentificador na medida em que busca planejar no presente imediato todos os comportamentos a serem realizados no futuro. Todos os elementos essenciais e termos constitutivos do contrato são estabelecidos no presente, não se confere nenhuma importância ou relevância substantiva à performance das partes na definição dos efeitos da quebra ou descumprimento contratual. Além disso, pouca ou nenhuma importância é atribuída às comunicações pré-contratuais, como os diálogos preparatórios. Predomina, segundo tal concepção, a ideia de que o contrato deve ser mantido, consagrada no princípio do *pacta sunt* servanda, independentemente dos efeitos dele decorrentes.

Os contratos descontínuos também envolvem negociação que assume o caráter básico de uma *barganha instrumental*, na medida em que presumem uma relação entre duas partes que forçam os termos da troca para atingir seus próprios, individuais e exclusivos interesses econômicos. Ele é pautado, portanto, pela pressuposição da existência de uma conduta essencialmente egoísta, individualista e instrumental de cada participante da negociação contratual. Fica excluída, deste modo, qualquer premissa de que a relação contratual possa estar fundada de maneira predominante num comportamento solidário ou cooperativo. Tal ideia está indissoluvelmente ligada a uma antropologia e uma filosofia liberal, segundo as quais cada indivíduo age no mercado como um verdadeiro *homo economicus* que procura comportar-se racionalmente tendo em vista os meios de que dispõe para obter a maior vantagem econômica possível para si.

Por fim, os contratos descontínuos implicam um *mútuo consentimento* na medida em que presumem que os termos da troca que resultam da barganha instrumental são livremente estabelecidos pelas partes antes do início do cumprimento do contrato. Tal princípio está consagrado na ideia da autonomia da vontade e na importância do consenso para a formação dos contratos.

O tipo ideal de contrato descontínuo acima descrito corresponde à definição que o pensamento contratual clássico deu ao contrato, tanto na doutrina quanto na elaboração de estatutos e códigos. A teoria contratual clássica – enquanto formulação típico-ideal desta

concepção contratual — e a teoria neoclássica — enquanto versão mitigada —, a partir dos problemas concretos surgidos no momento da aplicação do direito contratual pelos tribunais, criaram normas e princípios para a sua operacionalização.

Os contratos relacionais tendem a criar relações contínuas e duradouras, nas quais os termos da troca são cada vez mais abertos e as cláusulas substantivas são substituídas por cláusulas constitucionais ou de regulamentação do processo de renegociação contínua, determinado tanto pelas relações promissórias como pelos vínculos não promissórios que de fato se estabelecem entre as diversas partes, como status (ex.: vulnerabilidade, hipossuficiência), confiança e dependência econômica.

Os contratos relacionais, em contraste com os contratos descontínuos, são contratos de longa duração baseados na própria dinâmica estabelecida no curso da relação contratual. As principais diferenças entre os contratos relacionais e os contratos descontínuos podem ser resumidas da seguinte maneira: em primeiro lugar, é impossível especificar completamente o contrato relacional de longa duração em termos de preço, quantidade, qualidade e entrega, dada sua mutabilidade constante. Isto porquanto ele envolve elementos não facilmente mensuráveis e visa regular situações que demandam alto grau de flexibilidade. Em segundo lugar, dadas as contínuas mudanças no produto ou características do serviço prestado, é impossível prever todas as contingências do futuro e especificar os termos dos ajustes nos contratos relacionais. Sua indeterminação ultrapassa os limites das soluções neoclássicas, como o contrato aberto, que estipulava regras definidas (ainda que mais abertas em relação à teoria clássica) para os reajustes contratuais.

A própria possibilidade do estabelecimento de um standard objetivo e prefixado para o reajuste tal como formalizado pela teoria neoclássica começa a se demonstrar insuficiente face ao aumento expressivo do grau de contingencialidade e variação dos termos das relações contratuais. O contrato assume, numa dimensão maior do que a teoria neoclássica é capaz de admitir e incorporar, uma dimensão processual, que adquire a forma de um jogo reflexionante que produz *in fieri* a medida de sua razoabilidade e justiça contratual. Em substituição aos termos de ajustamento, os contratos relacionais incluem termos estabelecendo processos institucionais pelos quais os termos de troca

e ajuste serão especificados no curso da performance ou cumprimento contratual.

Deste modo, os contratos relacionais fazem mais do que regular a troca de mercadorias e seu ajuste. *Eles estabelecem o processo para cooperação interorganizacional ou interpessoal no produto ou serviço, na produção e na estruturação da forma de gerenciamento*. Assim é que em muitas contratações relacionais, como no fornecimento entre empresas, até mesmo o sagrado princípio da instrumentalidade da empresa começa a ser questionado e se torna objeto de negociação. Empresas integradas em redes produtivas ou *networks* num sistema de produção pós-fordista intensificam a troca de informações e começam a compartilhar livros e planilhas de custos. A divisão de lucros passa a ser objeto de negociação entre as empresas no curso da performance contratual que as vincula. O lucro será agora menos o produto da barganha entre as partes e mais o produto de mútua *cooperação,* dentro de novos princípios de *solidariedade*, nos quais o conceito de boa-fé passa a ter uma importância antes inexistente.[7] Por fim, os contratos relacionais, de modo geral, envolvem relações complexas entre diversas partes, nas quais os vínculos pessoais e de solidariedade, confiança e cooperação são determinantes. No campo dos contratos de consumo, ainda que não se possa falar em cooperação econômica no mesmo sentido em que se poderia falar dos contratos empresariais, é certo que se faz incidir também o valor da cooperação e solidariedade.

A exemplo dos contratos descontínuos, os contratos relacionais se apoiam em princípios e normas específicas, em especial na solidariedade, no papel da integridade e na harmonização com a matriz social. Ademais, nos contratos relacionais, a flexibilidade, a reciprocida-

---

[7] Para uma descrição empírica deste processo sobre as relações contratuais entre empresários no estado de Wisconsin, ver: MACAULAY, Stewart. Non-contractual relations in business: a Preliminary Study. *American Sociological Review*, Washington, DC, v. 28, p. 55-67, 1963; DORE, Ronald. Goodwill and the spirit of market capitalism. *In:* GRANOVETTER, Mark; SWEDBERG, Richard (ed.). *The sociology of economic life*. Nashville: Westview, 1992. Para exemplos deste tipo de contratação num sistema produtivo pós-fordista ou de especialização flexível, ver: PIORE, Michael J.; SABEL, Charles. *The second industrial divide:* possibilities for prosperity. New York: Basic Books, 1984, especialmente as páginas 3 a 18; WILLIAMSON, Oliver. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations. *Journal of Law & Economics*, Chicago, v. 22, n. 2, p. 233-261, 1979.

de e o equilíbrio das relações de poder tornam-se elementos internos da relação contratual e não externos ou passíveis de serem preestabelecidos e plenamente planejados, como no caso dos contratos descontínuos.

É hoje pacífico o reconhecimento de que as novas legislações, dentre as quais cabe destacar o Código de Defesa do Consumidor e o próprio Código Civil Brasileiro de 2002, incorporaram os princípios dogmáticos da socialidade, eticidade e operatividade[8] e ampliaram o uso de conceitos de desequilíbrio contratual, justiça contratual, razoabilidade e boa-fé.

A boa-fé numa perspectiva relacional

Uma das características dos contratos relacionais refere-se à importância que neles passam a ter os princípios da boa-fé, cooperação, solidariedade e reequilíbrio das relações de poder.

Tanto a doutrina contratual neoclássica como o pensamento econômico liberal neoclássico fundamentam-se na premissa comum de que as pessoas no mercado agem racionalmente maximizando vantagens individuais.[9] Uma ampla revisão de tais premissas tem sido feita pela bibliografia econômica e sociológica no sentido de reavaliar a importância de relações de confiança, solidariedade e cooperação.[10] *Cooperação* aqui pode ser definida como a associação com outra pessoa para benefício mútuo ou para a divisão mútua de ônus. No *conceito de solidariedade* encontramos a ideia de uma unidade que produz ou está baseada na comunidade de interesses, objetivos, valores e padrões.

---

[8] Cf. MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 753, 1998, p. 26.

[9] POSNER, Richard. The ethical and political basis of the efficiency norm in common law adjudication. In: KUPERBERG, Mark; BEITZ, Charles (ed.). *Law, economics and philosophy:* a critical introduction with applications to the Law of Torts. New Jersey: Rowman & Allanheld, 1983.

[10] SABEL, Charles. Studied trust: building new forms of co-operation in a volatile economy. In: PYKE, Frank; SENGENBERGER, Werner (ed.). *Industrial districts and local economic regeneration*. Geneva: International Institute for Labour Studies, 1992; GAMBETTA, Diego (ed.). Trust: making and breaking cooperative relations. Hoboken: Basil Blackwell, 1988. Desenvolvi o tema em *Contratos relacionais e defesa do consumidor,* op. cit., cap. III.

A solidariedade pode estar baseada numa relação cooperativa, mas o importante a destacar é o fato de que se reporta a uma comunidade de valores e interesses e, neste sentido, ela tem um caráter necessariamente moral.[11] Tais princípios tendem a se tornar cada vez mais importantes na medida em que os contratos se tornam mais relacionais. Neste sentido os contratos relacionais aproximam-se mais do ideal de contrato de sociedade do que da compra e venda clássica entre Caio e Tício.

O conceito de boa-fé vem ganhando importância cada vez mais destacada no âmbito reflexão e prática contratual contemporânea, constituindo-se, em boa medida na principal norma de ligação destes outros princípios no direito contratual moderno.[12] Na perspectiva relacional, a boa-fé pode ser vista como fonte primária da responsabilidade contratual. Dentro de tal visão, as obrigações surgem porque a sociedade assim as impõe e não apenas porque uma promessa individual as estipulou. Outros objetivos e valores da sociedade, como as ideias de justiça distributiva ou bem estar dos indivíduos, que devem ser balanceados ou equilibrados com os interesses privados dos contratos. Tal equilíbrio é feito através do conceito de boa-fé.

Para a teoria relacional aqui defendida a boa-fé tem o relevante papel de encorajar a continuidade das relações contratuais (artigo 6, V do CDC). Isto porque as normas de integração não são apenas a promessa ou a vantagem e dependência em razão da confiança (*reliance*), mas também a reciprocidade, a implementação do planejamento, a efetivação do consenso, a responsabilidade, a confiança (*trust*), a função de integridade, a solidariedade, o equilíbrio de poder e a harmonização com a matriz social que lhes é subjacente.[13]

A boa-fé permite pensar o comportamento adequado dos agentes contratuais em diferentes contextos, conforme os contornos e significados de cada relação contratual concretamente existente. Ela

---

[11] DURKHEIM, Émile. *The division of labor in society.* Tradução: George Simpson. New York: Free Press, 1964, p. 337-338.

[12] Neste sentido ver: NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais:* autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.

[13] MACNEIL, Ian. *The new social contract:* an inquiry into modern contractual relations. New Haven: London: Yale University Press, 1980, p. 67 e ss.

funciona como uma verdadeira norma de calibração da teoria contratual relacional.14 Vale notar, contudo, que o conceito de boa-fé não comporta uma definição formal, na medida em que incorpora elementos da vida efetiva das relações contratuais.

Há elementos que evidenciam a importância da boa-fé dentro da perspectiva relacional, notadamente o fato de que, em primeiro lugar, ela lembra a incompletude dos contratos, os limites da capacidade de previsão humana, os custos e ameaças à solidariedade e as barreiras insuperáveis para a comunicação perfeita e sem ruídos entre as partes. Em segundo lugar, ela enfatiza, valoriza e torna juridicamente protegido o elemento de confiança, sem o qual nenhum contrato pode operar. Em terceiro lugar, ela evidencia a natureza participatória do contrato, que envolve comunidades de significados e práticas sociais, linguagem, normas sociais e elementos de vinculação não promissórios. Por fim, a boa-fé realça o elemento moral das relações contratuais. A boa-fé contratual envolve uma concepção moral de fazer algo corretamente e, neste sentido, reporta-se a uma concepção de Justiça Social, a Justiça enquanto normalidade e equilíbrio (cf. artigo 4, III e 51, II do CDC).[15]

Através da boa-fé se reconhece que o contrato se presta a finalidades sociais e morais e não apenas econômicas e individuais. Neste sentido, o contrato, a despeito de ser um dos principais instrumentos de organização e estruturação de uma ordem de mercado, não se constitui no instrumento pautado apenas pelo pressuposto do *homo economicus*, o indivíduo maximizador de vantagens e recursos. A ordem de mercado no Direito Social torna-se mais claramente uma ordem do mercado social na qual os valores sociais desempenham importante função na determinação dos conteúdos dos contratos.[16]

Apesar de o paradigma contratual hoje dominante em todos os países industrializados ocidentais ser o neoclássico e não o relacional,

---

[14] FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da norma Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

[15] EWALD, François. A concept of social law. *In:* TEUBNER, Gunther (ed.). *Dilemmas of law in the Welfare State*. Berlin: European University Institute, 1985, p. 40-75. Elementos semelhantes são enumerados por: REITIER, B. J. Good faith in contracts. *Valparaiso University Law Review,* Valparaiso, v. 17, n. 4, p. 705-734, 1983, p. 727.

[16] Sobre o conceito de mercado social ver: COLLINS, Hugh. *The law of contracts*. 2. ed. London: Butterworths, 1993, p. 30 e ss.

há motivos para reconhecer o crescimento em importância da abordagem relacional, o que se faz em boa medida através da ampliação do uso e extensão do conceito de boa-fé, em particular em momentos de alteração dos padrões de normalidade das trocas.

A boa-fé está basicamente envolvida em dois aspectos da participação nos contratos. Em primeiro lugar, ela permite a fusão do interesse individual egoísta e do interesse pelo outro, o que permite a existência de relações de longo prazo. Em segundo lugar, ela serve como mecanismo de proteção do direito de participação de maneira análoga aos direitos civis do cidadão. A boa-fé passa a constituir o conjunto de garantias dos contratantes nas relações contratuais, uma espécie de conjunto e “normas de garantia individual” dentro do direito privado. Isto é evidente no contexto das relações de trabalho com a criação de mecanismos de garantia da dignidade do consumidor, direito à participação, representação, segurança nos contratos de investimento, no direito de renegociação etc.

Contratos relacionais e o dever de renegociar

Conforme destacado acima, alguns contratos são mais relacionais do que outros.[17] Isto significa dizer que neles a forma de incidência dos princípios contratuais (boa-fé, solidariedade, cooperação, equilíbrio, justiça contratual etc.) se realiza segundo uma nova intensidade e exige uma forma de análise e interpretação contratual diferenciada.

Se é certo que o conceito de normalidade é central para a fixação da normalidade dos contratos de consumo, não menos certo é que vivemos uma nova normalidade. Este fato já foi reconhecido na própria Lei da Pandemia (Lei 14.010/2020), que institui normas de caráter transitório e emergencial para a regulação de relações jurídicas de Direito Privado em virtude da pandemia do coronavírus (Covid-19). Assim

---

[17] Macneil chegou a denominação de contratos entrecruzados (intertwined contracts) em obras mais tardias. Contudo, o nome contrato relacional para caracterizar este tipo de contrato já tinha se estabelecido nas comunidades jurídica e acadêmica. Cf. MACNEIL, Ian. Relational contract theory: challenges and queries. *Northwestern University Law Review*, Chicago, v. 94, p. 877-907, 2000.

procedendo, a lei expressamente reconheceu uma situação anormal e explicitou alguns de seus efeitos nas relações privadas.

Apesar destas vantagens de explicitação, os seus efeitos já poderiam ser obtidos sem a sua promulgação visto que os princípios gerais do direito do consumidor já seriam capazes de regular os efeitos da alteração do ambiente normal das relações contratuais.[18]

As suas características relacionais mais marcantes são a longa duração, a necessidade de replanejamento constante e o forte papel desempenhado pelas expectativas geradas em razão da confiança. Portanto, o papel da boa-fé, conforme argumentado, ao se ampliar numa perspectiva relacional torna-se preponderante.[19] A abordagem relacional, deste modo, enfatiza o valor da manutenção do equilíbrio contratual nas situações de renegociação ou revisão contratual, que se tornam a norma nos contratos de consumo. Neste sentido já se tem orientado parcela significativa da jurisprudência nacional sobre contratos bancários, dentre outros.

Vale lembrar também que o artigo 6º do CDC contempla o direito do consumidor a: "V — a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas".

[18] Neste sentido, correta a afirmação de Pablo Stolze Gagliano e Carlos Eduardo Elias de Oliveira: "Por fim, a terceira diretriz da Lei do RJET é a de que, em vários dispositivos, ela apenas positiva regras que já seriam alcançáveis com base em princípios ou regras anteriores. Em outras palavras, ainda que não houvesse a Lei do RJET, vários casos concretos haveriam de ser resolvidos da mesma maneira. O diploma emergencial apenas objetivou dar maior pacificidade, cristalizando, em texto legal, soluções que tinham um apoio na base mais fluida de princípios e de cláusulas gerais." GAGLIANO, Pablo Stolze; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Comentários à Lei da Pandemia (Lei 14.010/2020). *Jusbrasil,* [S. l.], 2020. Disponível em: https://bit.ly/3ciCWXX. Acesso em: 13 jul. 2020.

[19] Assim também pensa Cláudia Lima Marques que ao tratar dos contratos bancários afirma: "Os contratos bancários atuais são contratos cativos de longa duração. Observadas as especialidades dos contratos bancários em questão, sob o signo da continuidade dos serviços, massificação e catividade dos clientes, da prestabilidade por terceiros de serviços autorizados ou controlados pelo Estado, do macro-interesse do verdadeiro objeto contratual, da internacionalidade ou grande poder econômico dos fornecedores e, acima de tudo, continuidade das relações tendo em vista a essenciabilidade do crédito na sociedade de consumo atual, concluiu-se que os modelos tradicionais de contrato (contratos envolvendo obrigações de dar, imediatos e menos complexos) fornecem poucos instrumentos para regular estas longuíssimas, reiteradas e complexas relações contratuais, necessitando, seja a intervenção regulamentadora do legislador através do CDC para a proteção dos mais vulneráveis, seja a intervenção reequilibradora e sábia do Judiciário nos casos concretos." MARQUES, Cláudia Lima. Contratos bancários em tempos pós-modernos: primeiras reflexões. *Revista de Direito do Consumidor,* São Paulo, v. 25, p. 19-38, 1998, p. 28. Ver também as páginas 30 e 31 do mesmo artigo.

Tal dispositivo modifica profundamente o sistema contratual do direito privado clássico brasileiro ao mitigar o dogma do princípio da intangibilidade do conteúdo do contrato, consagrado no brocardo do *pacta sunt servanda*.

Este direito admite não a resolução do contrato, mas a alteração de cláusula que venha a gerar excessiva onerosidade ou desequilíbrio. No caso de não haver acordo, poderá o magistrado, atendendo aos princípios de boa-fé e equilíbrio, presidir a relação de consumo, estipulando novas cláusulas ou novas bases para o contrato. A abusividade, portanto, é um conceito que não se determina *a priori*, mas *a posteriori,* visto revestir-se de natureza relacional, condicionada ao contexto concreto da contratação.

Cabe salientar que a proteção do consumidor com relação à prestação do serviço adequado também é protegida pelos artigos do CDC relativos à proteção contratual. O artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor estabelece que:

> São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: V — estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

Oportuno lembrar a lição de Cláudia Lima Marques acerca das relações contratuais no Código de Defesa do Consumidor: "A proteção do consumidor, o reequilíbrio contratual vem "a posteriori", quando o contrato já está perfeito formalmente, quando o consumidor já manifestou a sua vontade, livre e refletida, mas o resultado contratual ainda está inequitativo".[20]

A conjugação dos artigos 6 e 51 do CDC garante, portanto, *o direito à renegociação* do contrato sempre que as suas condições se tornarem desequilibradas, excessivamente onerosas ou injustas. Isto

---

[20] MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor:* o novo regime das relações contratuais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 233.

porque o dispositivo sobre contratos afirma que são abusivas (inciso XV do artigo 51) as cláusulas que "estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor". É o que se depreende da leitura do § 1º do artigo 51 assim redigido:

> Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: I — ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II — restringe direitos ou *obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato,* de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual; III — se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se *a natureza e conteúdo do contrato*, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

Contudo, a questão que se coloca em termos práticos é a seguinte: Como restabelecer o que seriam as *condições normais* do contrato? Uma primeira estratégia seria reconhecer que inexiste um direito à renegociação e que as partes deveriam simplesmente cumprir o que foi avençado. Uma segunda estratégia seria admitir que o juiz deveria ser o último árbitro das condições de reequilíbrio contratual. Uma terceira envolveria o estímulo à renegociação.

Pelo que foi dito acima, a primeira estratégia estaria em desacordo não apenas com a própria natureza dos contratos relacionais, como também com a principiologia específica fixada pelo Código de Defesa do Consumidor para dirimir conflitos deste tipo. Esta estratégia pagaria o elevado preço de insistir numa "desrelacionalização" do contrato, transformando-o artificialmente (numa imprópria redução dogmática) num contrato descontínuo regulado de forma quase exclusiva pelo *princípio do pacta sunt servanda* e do direito contratual clássico.

A segunda estratégia, ainda que viável do ponto de vista do direito, envolve alguns problemas e dificuldades. Em primeiro lugar, evidentemente, está o custo da própria demanda judicial. Esta envolve não apenas custos econômicos diretos, em razão da contratação de um advogado, como também os custos decorrentes da morosidade da própria prestação jurisdicional (provavelmente agravada pela situação excepcional gerada pela pandemia). Ademais, há relevantes

custos informacionais envolvidos para que uma decisão equilibrada e justa possa ser oferecida pelo judiciário. Afinal, será necessário saber, de um lado, qual é a real situação econômica e os custos suportados pelo fornecedor do serviço. Se imaginamos o exemplo de uma escola, será necessário ter acesso à planilha de custos do presente e do passado recente para que se possa avaliar qual foi o seu significado para o fornecedor. De outra parte, seria razoável também estimar as condições reais de pagamento experimentadas pelo consumidor do serviço, uma vez que a pandemia não afetou de maneira uniforme a situação de todos. Por fim, ao julgador um novo desafio se colocaria, relacionado à fórmula econômica adequada para fazer uma equalização do contrato de modo a não permitir que ele se tornasse excessivamente oneroso para qualquer das partes. A ausência de uma cultura jurídico-econômica familiarizada com este tipo de análise poderia estimular a produção de soluções *ad hoc* movidas por sentimentos de compaixão imediata desacompanhados de análise das circunstâncias econômicas reais, ou ainda orientadas por critérios simplificadores da realidade, como a aplicação cega e descontextualizada do *pacta sunt servanda* acima referido.

A terceira estratégia visaria fomentar a renegociação. Para tanto, contudo, seria fundamental que houvesse transparência e troca efetiva de informação entre as partes que renegociam. Caso sejam elas uma escola e pais de alunos, seria de fundamental importância que as informações sobre a situação econômica de cada parte fosse informada de maneira clara e individualizada: as planilhas de custos da escola, de um lado, e a real situação econômica do contratante que solicitasse a renegociação, de outro. Somente tal disposição poderia criar um ambiente de confiança viabilizador da proteção da solidariedade entre os contratantes.

Assim, de um lado, a escola não poderia deixar de informar pormenorizadamente a sua real situação econômica, social, trabalhista etc.[21] De outro lado, uma vez que a situação de cada contratante é variada

[21] Conforme destacado por Werson Rêgo, desembargador de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) em matéria jornalística: "Na conversa, o magistrado destacou a importância da negociação e também da renegociação de contratos entre alunos e estudantes a partir de um direito pouco utilizado pelo consumidor: exigir a planilha de custo anual ou semestral das escolas, universidades e outras instituições de ensino. Segundo ele, a análise desses custos pode ser o balizador de uma redução

(alguns perderam renda, outros não, uns ficaram doentes, outros não etc.), não faria sentido a oferta de uma solução uniforme para todos os consumidores. É importante destacar que esta individualização da renegociação torna infrutífera, difícil e potencialmente injusta outras formas de solução através de demandas coletivas que postulariam uma solução única para todos os casos.

Apesar de a renegociação dever ser individual, nada impede que o direito às informações da parte do fornecedor sejam postuladas coletivamente. Esta é uma decorrência do próprio CDC que garante ao consumidor acesso às informações relevantes para o contrato durante todo o curso de sua existência. O princípio da informação adequada nos contratos relacionais de consumo[22] envolve o dever de informar não apenas no momento da celebração contratual, mas durante todo período da performance ou execução contratual.

O art. 6º, III, do CDC estabelece que são direitos básicos do consumidor: "III — a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e prego*, bem como sobre os riscos que apresentem*".

Por sua vez, o art. 46 dispõe que: "Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance." Conforme aponta Cláudia Lima Marques:

(ou não) dos custos envolvidos nessa relação de consumo dentro na educação particular. "A relação de consumo tem uma característica muito interessante, que é a da assimetria de informação. Os fornecedores, normalmente, detêm os dados e as informações técnicas. Os consumidores, não. É o caso quando vamos discutir o preço e a mensalidade. O consumidor não sabe o que está na cesta de produtos e serviços que compõem o valor de uma anuidade. Essa informação deve ser prestada, normalmente, no ato da matrícula ou no ato da renovação da matrícula. Eu peço a planilha de custos para avaliar a razoabilidade e a proporcionalidade do valor que está sendo cobrado", explica. VENTURA, Ivan. Vídeo: como negociar a mensalidade escolar durante a pandemia? *Consumidor Moderno,* São Paulo, 22 abr. 2020. https://bit.ly/2EliUjb. Acesso em: 21 set. 2020.

[22] Cf. MACEDO JR., Ronaldo Porto. Os contratos previdenciários, a informação adequada e os riscos do consumidor. *Revista da Associação Paulista do Ministério Público,* São Paulo, n. 23, 1998.

> A finalidade da norma (art. 46) é assegurar a informação ao consumidor, ou, como estamos querendo frisar, a transparência necessária nas relações de consumo. Tenta, desta maneira, evitar que o fornecedor utilize a sua superioridade econômica e mesmo técnica (Departamentos Jurídicos ou Consultorias especializadas) para confundir o consumidor e impor a ele obrigações que se tivesse compreendido o sentido do texto, teria assumido.[23]

É importante considerar, a propósito do alcance deste artigo, que o Código de Defesa do Consumidor visou proteger o consumidor não apenas dos riscos do produto que afetem a sua saúde ou incolumidade física, como também os riscos que possam influir na sua decisão racional de realizar os atos de consumo, inclusive no momento de renegociação contratual. A adequação da informação envolve, assim, a correta e veraz comunicação dos riscos implícitos no negócio que condicionam, ou condicionariam na hipótese de sua consciência, a escolha de consumir, inclusive no momento da renegociação contratual. Os riscos não devem exceder o limite do que normalmente deles se espera.

É importante insistir que o dever de informação não se limita ao momento da contratação, mas se estende a todas as informações que decorrem da continuidade da relação contratual. Tal circunstância é particularmente importante nos contratos relacionais ou de longa duração, nos quais o curso e a prática das renegociações afetam a própria substância da relação contratual. Assim, informações inadequadas, transparentes ou enganosas no curso da negociação podem dar ensejo à propositura das medidas judiciais e extrajudiciais previstas no Código do Consumidor.[24]

[23] MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor:* o novo regime das relações contratuais. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 253-254.

[24] A propósito, lembra Calvão da Silva que "o dever de informação não termina com a colocação do produto no comércio. O produtor tem o dever de observar e vigiar continuamente os produtos, mesmo após a emissão no tráfico". SILVA, Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor.* Coimbra: Almedina, 1990, p. 661.

Por fim, é importante também destacar que a solução negociada não apenas é capaz de oferecer uma resposta mais rápida para as partes envolvidas, como permite que se realize o *princípio da solidariedade* para além das partes diretamente envolvidas. Isto porque a não concessão de um valor de abatimento único para todos (que poderia gerar resultados evidentemente iníquos) poderá permitir que aqueles que efetivamente deles necessitem possam obtê-los num patamar mais elevado e consistente com suas necessidades. Afinal, o valor que deixa de beneficiar um consumidor que não sofreu efeitos severos com a pandemia pode vir a beneficiar outro que os sofre de maneira intensa e grave.

Este resultado evidencia um aspecto frequentemente negligenciado por parte significativa da literatura sobre contratos de consumo relativo aos âmbitos de incidência do princípio da solidariedade. Trata-se do fato de que as partes que estão envolvidas num sistema de solidariedade não se restringem às partes diretamente contratantes, mas envolvem toda a comunidade de contratantes afetada por esta relação.

Um exemplo conhecido desta realidade é manifesto nos contratos de planos de saúde, nos quais existe uma solidarização dos interesses de todos os participantes através da imposição de limites à elevação dos preços para pessoas idosas. Através deste mecanismo, jovens com menor risco de ficarem doentes e que assim poderiam pagar planos de saúde muito baratos, pagam um pouco mais para que aqueles consumidores em idade mais avançada, mais suscetíveis a doenças e gastos médicos, possam pagar menos. Numa sociedade contratual não solidarizada, jovens saudáveis pagariam menos por seus planos de saúde, e idosos doentes pagariam mais. Este resultado, contudo, estaria em desacordo com o princípio de solidarização já mencionado anteriormente.

O mesmo fenômeno ocorre no exemplo da renegociação de mensalidades escolares, visto que o princípio de solidariedade não se expressa apenas na relação entre cada contratante e o fornecedor, mas também entre os diversos consumidores. Por tal motivo, conforme acima argumentado, a socialização dos custos que pode resultar de uma renegociação garante a efetividade do princípio solidarístico dentro da comunidade dos contratantes.

Em síntese, a renegociação dos contratos relacionais de consumo em tempos anormais constitui uma estratégia eficiente para garantir a

própria essência deste tipo de contrato: a sua relacionalidade. Através dela se pode garantir a vigência dos princípios da boa-fé (relacional), da continuidade dos contratos e da solidariedade (entre contratante e fornecedor e entre os próprios consumidores). Por fim, destaque-se que o direito de renegociar poderá envolver outros elementos envolvidos na contratação que porventura não venham a ser adequadamente prestados. No caso dos contratos de prestação de serviços educacionais, eles poderão envolver temas como a oferta de cursos não presenciais, horas-aula, suporte aos alunos etc.

Referências

COLLINS, Hugh. *The law of contracts*. 2. ed. London: Butterworths, 1993.

DORE, Ronald. Goodwill and the spirit of market capitalism. *In:* GRANOVETTER, Mark; SWEDBERG, Richard (ed.). *The sociology of economic life*. Nashville: Westview, 1992.

DURKHEIM, Émile. *The division of labor in society.* Tradução: George Simpson. New York: Free Press, 1964.

EWALD, François. A concept of social law. *In:* TEUBNER, Gunther (ed.). *Dilemmas of law in the Welfare State*. Berlin: European University Institute, 1985. p. 40-75.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da norma Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GAGLIANO, Pablo Stolze; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Comentários à Lei da Pandemia (Lei 14.010/2020). *Jusbrasil*, [S. l.], 2020. Disponível em: https://bit.ly/3ciCWXX. Acesso em: 13 jul. 2020.

GAMBETTA, Diego (ed.). *Trust:* making and breaking cooperative relations. Hoboken: Basil Blackwell, 1988.

MACAULAY, Stewart. Non-contractual relations in business: a Preliminary Study. *American Sociological Review*, Washington, DC, v. 28, p. 55-67, 1963.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. Contrato previdenciário como contrato relacional. *Revista de Direito do Consumidor,* São Paulo, n. 22, 1997.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Ensaios de direito privado e social:* contratos, meio ambiente e tutela coletiva. São Paulo: Saraiva, 2015.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. Globalização e direito do consumidor. *In:* SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (org.). *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. Interpretação da boa-fé nos contratos brasileiros: os princípios jurídicos em uma abordagem relacional (contra a euforia principiológica). *In:* MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org.). *Direito e interpretação:* racionalidades e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 307-336.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. Os contratos previdenciários, a informação adequada e os riscos do consumidor. *Revista da Associação Paulista do Ministério Público,* São Paulo, n. 23, 1998.

MACNEIL, Ian. Relational contract theory: challenges and queries. *Northwestern University Law Review,* Chicago, v. 94, p. 877-907, 2000.

MACNEIL, Ian. The many futures of contracts. *California Law Review,* Berkeley, v. 47, n. 691, p. 696-816, 1974.

MACNEIL, Ian. The new social contract: an inquiry into modern contractual relations. New Haven: London: Yale University Press, 1980.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos bancários em tempos pós-modernos:* primeiras reflexões. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 25, p. 19-38, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor:* o novo regime das relações contratuais. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor:* o novo regime das relações contratuais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor:* o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 753, 1998.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais:* autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.

PIORE, Michael J.; SABEL, Charles. *The second industrial divide*: possibilities for prosperity. New York: Basic Books, 1984.

POSNER, Richard. The ethical and political basis of the efficiency norm in common law adjudication. *In:* KUPERBERG, Mark; BEITZ, Charles (ed.). *Law, economics and philosophy:* a critical introduction with applications to the Law of Torts. New Jersey: Rowman & Allanheld, 1983.

REITIER, B. J. Good faith in contracts. *Valparaiso University Law Review,* Valparaiso, v. 17, n. 4, p. 705-734, 1983.

SABEL, Charles. Studied trust: building new forms of co-operation in a volatile economy. *In:* PYKE, Frank; SENGENBERGER, Werner (ed.). *Industrial districts and local economic regeneration.* Geneva: International Institute for Labour Studies, 1992.

SILVA, Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1990.

VENTURA, Ivan. Vídeo: como negociar a mensalidade escolar durante a pandemia? *Consumidor Moderno,* São Paulo, 22 abr. 2020. https://bit.ly/2EliUjb. Acesso em: 21 set. 2020.

WILLIAMSON, Oliver. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations. *Journal of Law & Economics,* Chicago, v. 22, n. 2, p. 233-261, 1979.

Impossibilidade de cumprimento das obrigações de meio, resultado e garantia nas relações de consumo durante a pandemia da Covid-19

Mônica Rodrigues Dias de Carvalho[1]
Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: Introdução; 1. Função social do contrato; 2. Obrigações de meio, de resultado e de garantia; 3. Teorias da imprevisão e da onerosidade excessiva; 4. Impossibilidade de cumprimento na pandemia; 5. Primeiros exemplos de jurisprudência; Referências.

Introdução

Com o isolamento social determinado como única medida comprovada para frear a taxa de contágio do coronavírus e proteger a população, os negócios sofreram brusca interrupção, impedindo o cumprimento de obrigações antes convencionadas. O presente estudo visa discutir as consequências dessa nova e imprevista situação para os consumidores e fornecedores.

O ano de 2020 foi marcado pelo assombro mundial. Já em janeiro, surgiam casos de uma epidemia com efeitos devastadores na China, mas a humanidade já havia passado por outros surtos recentemente e confiava em seu atual estágio de desenvolvimento e no poder da ciência para rapidamente descobrir uma vacina e uma medicação. Essas respostas não vieram e a velocidade de propagação do vírus mostrou que a única possibilidade de evitar o caos seria o distanciamento social.

---

[1] Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Docente da Escola Paulista da Magistratura.

O isolamento de cada um, ao frear a velocidade do contágio, visava evitar o colapso dos sistemas de saúde, de modo a permitir o atendimento de todos. Mas também limitava o contato entre consumidores e fornecedores, não apenas em territórios determinados, mas em escala global. O mundo entrou em quarentena, e os efeitos no mundo dos negócios mostraram-se devastadores.

A verdade é que, por um semestre inteiro, o mundo globalizado parou.

Os consumidores diminuíram suas compras porque não tinham garantia de sua renda e, por outro lado, porque suas necessidades foram alteradas. O supérfluo passou a ser socialmente condenável. Os fornecedores não tinham mais clientes em número necessário e não conseguiam manter a produção, deixando de honrar seus compromissos com os empregados e com o setor financeiro. A indústria deixou de receber encomendas do comércio. Cada parte da sociedade se viu em situação inesperada que repercutia severamente em outra parte.

Em meio à preocupação para a garantia da saúde da população surgiu a questão: e o cumprimento das obrigações já contratadas?

1. Função social do contrato

O contrato, sob seu enfoque voluntarista, é no mais das vezes descrito como um acordo de vontades, mas não se deve esquecer que as obrigações são tratadas com uma finalidade.[2] O nascimento das obrigações se desenvolve através de um processo que vai desde a ideia inicial até o completo adimplemento. Os contratantes guardam expectativas em relação ao contrato firmado e visam atender a uma determinada necessidade da vida. Se essa necessidade se perde, há que se discutir o prolongamento da relação decorrente do contrato.

---

[2] “Não se cuida, aí, de motivo, de algo psicológico, mas de um plus que integra o fim da atribuição e que está com ele intimamente relacionado. A desatenção a esse plus torna o adimplemento insatisfatório e imperfeito”. SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. Obrigação como processo. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006, p. 41.

Para além do instrumento contratual em si, existe uma relação que se estabelece entre os contratantes, em fases que precedem o acordo, passam pelo cumprimento, e perduram depois dele, todas devendo ser informadas pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva.

A lei civil previu expressamente a função social do contrato no artigo 421,[3] o mesmo que trata da autonomia privada, mas não o conceituou.

A ideia de função social do contrato deriva da mesma função prevista em relação à propriedade no artigo 186 da Constituição Federal,[4] no qual se veem elementos de interesse na busca de uma sociedade solidária às relações de trabalho, de interesse ambiental e na busca racional de recursos, cuja gestão se impõe aos homens por questão de sobrevivência.

Segundo Anderson Schreiber, "em outras palavras, o contrato não é considerado merecedor de tutela apenas porque atende aos interesses individuais dos contratantes, mas sim porque se vislumbra em cada contrato um fim socialmente útil que deverá ser igualmente atendido".

E mais adiante: "a função corresponde, em outras palavras, aos interesses que a ordem jurídica pretende realizar por meio do direito em questão".[5]

A função social, portanto, é parte intrínseca do próprio contrato, e seu cumprimento também depende do atendimento de sua função e não apenas do cumprimento das obrigações recíprocas expressamente previstas, o que interessa não só aos contratantes, mas a toda a sociedade.[6]

---

[3] Art. 421 do CC. "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato".

[4] Art. 186 da CF. "A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores."

[5] SCHREIBER, Anderson *et al*. *Código Civil comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 243-244.

[6] "Frase dita e repetida indica que 'o contrato é a veste jurídica das operações econômicas', de modo que constitui sua função primordial instrumentalizar a circulação da riqueza, a transferência da

A aplicação da função social não gera revisão do contrato em si, pois é parte integrante dele, devendo ser analisado com prudência o teor da modificação inserida no artigo 421 do CC pela Lei n. 13.874/2019.[7]

O Conselho da Justiça Federal tem publicado enunciados atestando a inafastabilidade da função social na execução do contrato, visto que constitui elemento intrínseco da relação negocial, com posição de destaque entre suas cláusulas, ainda que implicitamente.[8]

A partir das ideias do dirigismo contratual, a autonomia privada, a obrigatoriedade dos pactos e a relatividade perderam força em face dos princípios da função social, boa-fé objetiva e equilíbrio contratual. O artigo 2.035, parágrafo único, do CC prevê o primado da ordem pública em face do contratado.[9]

E, conforme Gustavo Tepedino,

> no sistema atual, a função social amplia para o domínio do contrato a noção de ordem pública. De

---

riqueza, atual ou potencial, de um patrimônio para outro. A constituição econômica de uma sociedade, todos o sabemos, não é matéria de interesse individual, ou particular, mas atinge – e interessa – a todos. O contrato, veste jurídica das operações de circulação de riqueza, tem, inegavelmente, função social". COSTA, Judith-Martins. O direito privado como um "sistema em construção". *Revista de Informação Legislativa,* Brasília, DF, v. 35, n. 139, 1998, p. 13.

[7] A Lei n. 13874/2019 acrescentou ao artigo 421 do CC um parágrafo único com o seguinte teor: "Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual". Por questão de interpretação legislativa, o parágrafo não pode afrontar o dispositivo do *caput*, e assim deve ser aplicado.

[8] I Jornada de Direito Civil – *Enunciado 22* (A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas), *Enunciado 23* (A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana) e *Enunciado 26* (A cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes) – III Jornada de Direito Civil – *Enunciado 166* (A frustração do fim do contrato, como hipótese que não se confunde com a impossibilidade da prestação ou com a excessiva onerosidade, tem guarida no Direito brasileiro pela aplicação do art. 421 do Código Civil) – V Jornada de Direito Civil – *Enunciado 431* (A violação do art. 421 conduz à invalidade ou à ineficácia do contrato ou de cláusulas contratuais).

[9] Art. 2035. "Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos".

> acordo com o preceito em análise, a função social é considerada um fim para cuja realização ou preservação se justifica a imposição de preceitos inderrogáveis e inafastáveis por vontade das partes.[10]

Rodrigo Cogo, ao tratar da frustração do fim do contrato, sustenta que a finalidade comum entre os contratantes e os motivos determinantes devem ser considerados, desde que conhecidos por ambas as partes. Rememora que o fim está presente como elemento intrínseco em vários institutos jurídicos e que a função não está limitada ao momento da formação do contrato, mas perdura até o seu exaurimento. A função social não se esgota em limitar o conteúdo de cláusulas contratuais, mas encerra a necessidade de uma postura proativa, de criação de comportamentos positivos. A teoria da frustração do fim do contrato parte da integração da finalidade no conteúdo do contrato diante da ocorrência de evento posterior que não compunha a álea do contrato e alheio à atuação das partes.[11]

E afirma:

> O contrato que se torna estéril, sem sentido ou inútil, por não se poder mais atingir a sua finalidade, revela-se um negócio que não atende à função social, visto que não permite mais que ele funcione como um instrumento de troca que proporcione a satisfação dos interesses dos contratantes, não sendo lícito exigir o seu cumprimento.[12]

Considerando a eficácia externa da função social, há repercussão na tutela externa do crédito e na segurança jurídica. Quando se fala em função social, não se diz que o objeto do contrato deve ser socialmente útil, mas que suas repercussões o sejam. Assim, não se admite ofensa a direito da personalidade, proteção ao consumidor ou meio ambiente.

---

[10] TEPEDINO Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v. 2., p. 9.

[11] COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 307-357.

[12] COGO, Rodrigo Barreto, op. Cit., p. 328.

2. Obrigações de meio, de resultado e de garantia

Flávio Tartuce conceitua a obrigação como "a relação jurídica transitória, existente entre um sujeito ativo, denominado credor, e outro sujeito passivo, o devedor, e cujo objeto consiste em uma prestação situada no âmbito dos direitos pessoais, positiva ou negativa".[13]

As expressões obrigações de "meio" e de "resultado" surgiram inicialmente a partir da obra de René Demogue,[14] embora sejam registrados antecedentes germânicos desde fins do século XIX.

Na obrigação de meio o devedor se compromete à prestação de uma atividade diligente em benefício do credor. Naturalmente as partes buscam um resultado, porém, o devedor não se compromete a alcançar esse resultado, apenas a empregar sua melhor técnica para fazê-lo. Muitas vezes, pela própria natureza da obrigação, o resultado não pode ser exigido, pois depende de fatores que extrapolam a vontade do devedor. O médico se compromete a empregar todo seu conhecimento para curar o paciente, mas essa cura pode estar além da ciência conhecida, e o médico não pode se comprometer com esse resultado, que não depende só dos seus esforços.[15] A remuneração é devida pelo simples agir da forma contratada.

Em relação à obrigação de resultado, o devedor se vincula à obtenção um resultado determinado. Ao contrário do tipo anterior, aqui o resultado compõe o vínculo estabelecido entre as partes. O transportador se obriga a entregar a mercadoria num lugar e tempo determinados.[16] Mas não podemos nos esquecer que o devido na obrigação é sempre a atividade (não o resultado). De qualquer maneira, a remuneração somente se justifica se atingido o resultado esperado.

---

[13] TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. São Paulo: Método, 2018, p. 367.

[14] DEMOGUE, René. *Traité des obligations en général*. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1923, tomo 5, p. 358.

[15] AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Responsabilidade civil do médico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 33.

[16] "Como ficou exaustivamente afirmado, a responsabilidade do transportador é, de regra, contratual, e se traduz como obrigação de resultado ou fim. Não basta proporcionar os melhores meios. Impõe-se que cumpra o objeto da avença [...] essa obrigação só se completa com a entrega do passageiro no local de destino são e salvo; incólume". STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. t. 1, p. 407,

A distinção corresponde à análise da prestação como conteúdo da obrigação, e esta não se esgota naquela. A prestação possui um elemento objetivo, que corresponde ao bem ou resultado a ser produzido em benefício do credor, e outro subjetivo, que corresponde ao comportamento do devedor em vista desse resultado. A aleatoriedade do resultado esperado é que constituirá a distinção.

Existe ainda um terceiro gênero: as obrigações de garantia. Quanto a estas, o devedor se compromete a eliminar um risco que pesa contra o credor. Isso impõe ao devedor assumir o risco, o que já se constitui como execução da obrigação, mas também reparar os prejuízos caso o mal aconteça. É o caso do contrato de seguro.[17] A remuneração é devida a partir da assunção do risco, momento em que a obrigação é cumprida, independentemente da ocorrência do sinistro.

O inadimplemento, na obrigação de meio, resulta da falta do comportamento exigido para aquela obrigação, seja ele comissivo ou omissivo, e de igual forma, se esse comportamento for desleal ou pouco diligente. Por outro lado, a obrigação de resultado apenas estará cumprida com a efetiva produção do resultado. Pode ocorrer, como em qualquer obrigação, que o caso fortuito ou a força maior impeçam o cumprimento da obrigação. Mas, nesse caso, e devedor não terá direito à remuneração.

Para a obrigação de garantia, no entanto, nem a força maior ou o caso fortuito eximem o devedor do cumprimento da garantia, que decorre da natureza aleatória do ajuste.

Para alguns, contudo, empregada a diligência necessária pelo devedor no cumprimento de sua obrigação, a distinção mais importante nessa classificação seria a distribuição do ônus da prova, cabendo ao credor provar a culpa do devedor no caso da obrigação de meio, o que é presumido na obrigação de resultado. Mas essa questão será melhor analisada mais adiante, quando tratarmos especificamente do inadimplemento.

---

[17] COMPARATO, Fábio Konder. *Obrigações de meio, de resultado e de garantia:* contratos mercantis e outros temas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

3. Teorias da imprevisão e da onerosidade excessiva

Considerando a obrigação como processo, que envolve a fase anterior ao oferecimento do consentimento (pré), a assunção da obrigação em si, seu adimplemento, e o momento posterior a este (pós), podemos vislumbrar inúmeras circunstâncias que podem interferir na relação negocial. Podem, portanto, ocorrer fatos supervenientes ao momento em que a obrigação foi assumida que venham a modificar a base sobre a qual se firmou o compromisso.

A questão envolve a análise dos artigos 317 e 478 do CC, e 6º, V, do CDC.

Trata-se da revisão do contrato por fato superveniente ao momento de seu aperfeiçoamento. Considerando que o contrato não é uma realidade estática no tempo, e estende seus efeitos para os momentos pré e pós-contratual, não é difícil perceber que muitas podem ser as questões atinentes à execução do contrato que exigem o restabelecimento do equilíbrio existente no momento em que foi emprestado o devido consentimento ao negócio jurídico pelas partes.

A teoria da imprevisão tem origem na França e remonta à cláusula *rebus sic stantibus*. Diante de fato imprevisível, não considerado pelos contratantes, os termos do contrato podem ser revistos.

Também é possível a revisão do contrato diante da onerosidade excessiva, ou seja, quando a prestação de uma parte se afigura desproporcional em relação à contraprestação da outra parte e exige revisão. O instituto tem origem na legislação italiana, sendo o nosso dispositivo equivalente ao artigo 1467 do Código Civil Italiano.

Tanto o artigo 317[18] quanto o artigo 478[19] do Código Civil trazem a possibilidade de revisão por fato superveniente: um trata da possibilidade de revisão da prestação e outro da possibilidade de resolução do contrato.

---

[18] Art. 317 do CC. "Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação".

[19] Art. 478 do CC. "Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato".

Assim, o contrato deve ser bilateral ou sinalagmático e oneroso. Existe a possibilidade de aplicação da revisão a contratos unilaterais (artigo 480 do CC), mas essa não é a regra.

Deve ser contrato comutativo, pois, sendo aleatório por sua própria natureza, não há equilíbrio nas prestações recíprocas, sendo o ajuste baseado no risco. Contudo, há uma parte comutativa nos contratos aleatórios, por exemplo, as mensalidades dos seguros de saúde, as quais admitiriam revisão por onerosidade excessiva.[20] A álea envolve a prestação do serviço em si, enquanto as mensalidades são pagas regularmente, diante de um exame da razoabilidade de seu valor.

O contrato deve ser de trato sucessivo ou execução diferida, ou seja, deve estender seus efeitos no tempo. Diante de um contrato instantâneo, já consumado, não há que se falar em imprevisão.

O fundamento da revisão do contrato deve ser um fato imprevisível. Veja que fato imprevisível, nesse caso, assemelha-se ao fato não previsto pelos contratantes, em razão de sua pouca probabilidade. A jurisprudência traz diversos exemplos de revisão adotada em fatos que não seriam exatamente imprevisíveis: mudança no câmbio, inflação, óbices legislativos. Mas são fatos em que há clareza de que os contratantes não contavam com sua ocorrência quando assumiram as obrigações recíprocas.

A atual pandemia, essa sim, é um fato imprevisível. Há muito, especialmente nos últimos anos, temos convivido com a notícia de que alguma doença desconhecida surgiu num país distante e que a globalização poderia rapidamente trazê-la até nós. Os cientistas vêm alertando para essa possibilidade e alguns governos até se prepararam para um combate localizado. Mas sempre contávamos com a descoberta de uma vacina ou remédio que debelasse o mal antes que ele nos atingisse.

---

[20] A natureza aleatória do contrato de seguro foi mitigada na atual redação do artigo 757 do Código Civil, afastando-se da figura do risco para introduzir um elemento de garantia, o qual traz nuance de comutatividade à figura. Para Fábio Ulhoa Coelho, "com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, altera-se substancialmente o tratamento da matéria no direito brasileiro. Não há mais elementos para sustentar a natureza aleatória do contrato de seguro, entre nós. Isto porque a lei não define mais a obrigação de a seguradora pagar ao segurado (ou a terceiro beneficiário) uma determinada prestação, caso venha a ocorrer evento danoso futuro e incerto. Esse pagamento é, na verdade, um dos aspectos da obrigação que a seguradora contrai ao contratar o seguro: a de garantir o segurado contra riscos" (COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 487-488).

Pode-se dizer que o cidadão comum não esperava ter que encerrar suas atividades comerciais por meses, sofrer com o desemprego ou redução de salário, ser obrigado ao confinamento em sua residência, passar a adotar medidas severas em seu entorno. O impacto social e econômico de nossa tentativa de sobrevivência física foi monstruoso. Nesse passo, a pandemia e as medidas de isolamento social não parecem merecer dúvida quanto à possibilidade de aplicação da revisão do contrato.

A novidade é que os fatos imprevisíveis, em geral, atingiam um dos polos da relação contratual. Agora as duas pontas foram impactadas com a mudança brusca que se viu na sociedade, cabendo maior cautela ao adotar a revisão para que a ação do operador do direito não afete ainda mais o já combalido equilíbrio dessa relação.

Por fim, deve estar caracterizada a onerosidade excessiva. Mudanças repentinas que não causem repercussão direta não ensejam a revisão. Meras oscilações econômicas não a justificam.

Todos esses requisitos devem merecer um olhar específico, ditado pela tópica, já que a repercussão decorrente de um mesmo fato social pode ter níveis de impacto diversos em contratantes diferentes.

Não se exige a mora prévia, podendo ser pleiteada a revisão de forma antecedente.

O artigo 6º, V, do CDC,[21] também abre essa possibilidade, mas de forma muito mais ampla. O dispositivo legal não fala de fatos imprevisíveis. Basta a onerosidade excessiva. O fato a gerá-la pode ser previsível e pode inclusive ter sido previsto pelas partes: havendo o desequilíbrio, cabe a revisão. Nesse caso, adotou-se a teoria da base objetiva do negócio jurídico.[22]

Sobre esta teoria, Nelson Nery Junior afirma que "por base do negócio devem-se entender todas as circunstâncias fáticas e jurídicas que os contratantes levaram em conta ao celebrar o contrato, que podem ser vistas nos seus aspectos subjetivo e objetivo".[23]

---

[21] Art. 6º do CDC. "São direitos do consumidor: [...] V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas."

[22] Vide LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Tradução: Carlos Fernandéz Rodriguez. Granada: Comares, 2002.

[23] NERY JUNIOR, Nelson. Contrato de seguro de vida em grupo e o Código de Defesa do Consumidor. Revista de Direito Privado, São Paulo, n. 10, 2003, p. 179-180. E o autor, no mesmo texto, prossegue:

4. Impossibilidade de cumprimento na pandemia

Contudo, há que se diferenciar a falta de equilíbrio entre as prestações recíprocas e a impossibilidade de cumprimento.

Assim, o deslocamento da carga das obrigações decorrentes do contrato pode gerar a necessidade de deliberação sobre novas cláusulas e a impossibilidade de cumprimento pode gerar novas imposições, não necessariamente a simples dispensa do cumprimento com a retomada do *status quo ante,* mas a recuperação do equilíbrio do contrato.

Independentemente da classificação das obrigações como de meio, resultado ou garantia, o que rege as relações contratuais é a boa-fé objetiva, prevista no artigo 422 do CC, a qual traz em seu bojo os deveres anexos de proteção, cooperação e informação para o cumprimento dos negócios jurídicos. E, dentro de uma mesma relação contratual, podem ser identificadas obrigações de meio e de resultado, de acordo com a carga esperada, para que se atinjam as expectativas das partes, cabendo a cada contratante às vezes o papel de credor e, outras vezes, o de devedor, numa relação que Nelson Rosenvald chama de *caráter dinâmico na relação obrigacional*.[24] No caso da garantia, os riscos admitem limitação.

No sistema consumerista, em que prevalece a responsabilidade objetiva do fornecedor e no qual há franca abertura para a inversão do ônus da prova, menos relevo tem a classificação da natureza da obrigação do que a posição de cada contratante nessa relação.

Segundo a regra do artigo 256 do CC a obrigação se extingue se a prestação se tornar impossível sem culpa do devedor, no mesmo sentido da regra do artigo 234, no caso de perda do objeto da obrigação de dar coisa certa.

"a alteração da base negocial pode ocorrer quando houver falta, desaparecimento ou modificação do condicionalismo que formou e informou a base do negócio. Ainda que não haja, no contrato, cláusula expressa referindo-se à base negocial como fator determinante para a manutenção do negócio jurídico, o preceito deriva do sistema, de sorte que se considera como se estivesse escrita referida regra, que é aplicável inexoravelmente, porque matéria de ordem pública".

[24] ROSENVALD, Nelson. *Obrigações de meio, de resultado e de garantia*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 296.

A missão dos operadores do direito nesse caso é, sem esquecer a proteção merecida pelo consumidor (artigo 4º, I, do CDC) como polo mais fraco da relação contratual, administrar o impacto das medidas excepcionais decorrentes da pandemia em relação a cada contratante para apurar se aquela atividade exigida do devedor em tempos normais foi ou seria efetivamente cumprida, e apenas se tornou impossível diante da excepcionalidade. Essa análise se fará mitigando as diferenças decorrentes da classificação já tratada, sempre informada pela função social do contrato e pela boa-fé objetiva, e visando o restabelecimento do equilíbrio das relações.

Podemos vislumbrar impactos no pagamento de mensalidades de escolas, planos de assistência médica ou, ainda, no cumprimento de obrigações como pagamento de empréstimos habitacionais, bancários e financiamento de bens. Todas estas são obrigações de trato sucessivo.

Havendo impacto na renda dos mutuários, pode haver dificuldade no cumprimento de obrigações assumidas, ainda que de forma responsável num outro momento.

Os próprios fornecedores enfrentarão dificuldades em disponibilizar produtos e serviços. De um lado, porque, quanto aos itens necessários ao enfrentamento da pandemia, houve um superlativo aumento da demanda, e esses artigos tornaram-se raros. De outro lado, pois, diante da pandemia, outros podem ter se tornado desnecessários. Mesmo em relação a itens que não estão localizados nesses extremos, pode haver dificuldades de logística em sua entrega, assim como de fornecimento na frequência e modo esperados.

Estabelecimentos que dependiam de atendimento direto ao público foram seriamente impactados.

Apesar do esforço legislativo em prever regras gerais atinentes à suspensão de pagamento ou liberação de ônus moratórios, especialmente na recentíssima Lei n. 14.010, de 10 de junho de 2020,[25] parece-nos que não escaparemos de uma análise individual das relações contratuais e, não havendo acordo entre os contratantes, o Poder Judiciário deve se preparar para tanto.

---

[25] Que, por exemplo, suspendeu a vigência dos prazos de prescrição e decadência (art. 3º) e a aplicação do art. 49 do CDC até 30 de outubro de 2020 (art. 8º).

Suspender em geral o pagamento de aluguéis pode ajudar o locatário, mas pode prejudicar em muito o locador que depende daquela renda para seu sustento e não poderá adquirir produtos, o que impactará toda a cadeia produtiva.

Como medida geral, vislumbra-se talvez a proibição de execução de mandados de despejo para ajudar a manter o distanciamento social, já que a única forma de prevenção comprovadamente eficaz é ficar em casa, além da suspensão provisória da exigência de multas e de consectários da mora até que passe o período mais gravoso de contágio. Mais discutível é o abatimento percentual do valor das obrigações, o qual dependerá da natureza dos contratos. Tais medidas, associadas à participação do Estado na manutenção da renda dos cidadãos, ainda que parcial, como adotado em vários países,[26] pode equilibrar o sustento do tecido social de forma mais generalizada e auxiliar na busca de uma solução para os casos concretos.

5. Primeiros exemplos de jurisprudência

No estado de São Paulo, desde março de 2020, foram editados decretos para regular a suspensão ou redução de algumas atividades, visando diminuir a velocidade do contágio pela Covid-19.[27] Essa redução certamente atingiu a vida das pessoas e prejudicou o cumprimento de obrigações ou a continuidade de relações contratuais.[28]

---

[26] DINHEIRO na conta e subsídios: como países mitigam impactos do coronavírus. *Exame,* [S. l.], 25 mar. 2020. Disponível em: https://bit.ly/2RZPkmB. Acesso em: 24 set. 2020.

[27] Decreto 64.862, de 13 de março de 2020, que suspendeu eventos com mais de quinhentas pessoas e as aulas na educação básica e superior. Decreto 64.864, de 16 de março de 2020, que suspendeu a aglomeração de pessoas em qualquer número. Decreto 64.865, de 18 de março 2020, que fechou shoppings centers e academias de ginástica. Decreto 64.879, de 20 março de 2020, que decretou o estado de calamidade pública. Decreto 64.881, de 22 março de 2020, que decretou a quarentena no estado. Em 28 de maio de 2020, através do Decreto 64.994, foi instituído o Plano São Paulo, para eventual e futura reabertura das atividades, o que, até a redação deste artigo, não se concretizou.

[28] No âmbito federal, tramita o Projeto de Lei 872/2020, de autoria do senador Jaques Wagner (PT/BA), que suspende processos judiciais com pedido de ordem de despejo, cobrança e execução, e o Projeto de Lei 1.112/2020, de autoria dos deputados Marcelo Freixo (Psol/RJ) e Túlio Gadêlha (PDT/PE), que suspende o cumprimento de mandados de despejo e reintegração de posse de imóveis residenciais, assim como a cobrança de multa e juros sobre as verbas locativas enquanto durarem as medidas de isolamento social.

Ainda é bastante recente a crise para que se possa estabelecer alguma tendência na jurisprudência, mas já se vislumbra a negativa de tutela antecipada em casos de redução de obrigação locatícia.[29] Porém, surgiu uma questão sobre cessão de direitos creditórios, em que não se autorizou, quanto à tutela, o parcelamento de obrigação decorrente dos encargos assumidos por hospital em relação a instituição financeira,[30] ou de contadores pedindo a suspensão provisória do cumprimento de suas obrigações,[31] e até de um ministro evangélico em razão da não realização de cultos religiosos.[32]

Localizamos apenas um caso de pedido de suspensão de pagamento de financiamento imobiliário, por pessoa física, também negado.[33]

Embora tais julgados, todos no âmbito de agravo de instrumento, ou seja, de cognição sumária, não representem a formulação definitiva da lide e não sejam todos concernentes exatamente a conflitos de consumo, temos uma orientação jurisprudencial inicial quanto a uma aplicação restritiva da teoria da imprevisão para reconhecer a impossibilidade de cumprimento das obrigações em razão da Covid-19, negando a suspensão da exigibilidade dessas obrigações ou mesmo o parcelamento.

Parece-nos que o momento é de tentar restabelecer o equilíbrio das relações entre os contratantes. Embora a legislação consumerista seja sabidamente uma legislação protetiva de uma das partes (o consumidor), o momento sinaliza que os prestadores de serviço, que tiveram subtraída sua capacidade de auferir lucro com sua atividade empresarial, podem ser levados à bancarrota, diante do agravamento de suas obrigações, o que reduziria a gama de fornecedores e, ao contrário do escopo da legislação, também prejudicaria o consumidor.

A se autorizar em grande medida a suspensão do cumprimento das obrigações dos consumidores, os fornecedores teriam agravada sua posição, deixando de atender a outros consumidores, o que viraria uma bola de neve.

---

[29] TJSP – AI 2084786-45.2020.8.26.0000 e 2071778-98.2020.8.26.0000.

[30] TJSP – AI 2075813-04.2020.8.26.0000 – Rel. Cauduro Padin – 13ª Câm. Dir. Priv. – j. 21.05.2020.

[31] TJSP – AI 2084771-76.2020.8.26.0000 – Rel. José Marcos Marrone – 23ª Câm. Dir. Priv. – j. 21.05.2020.

[32] TJSP – AI 20913337-41.2020.8.26,000 – Rel. Edgard Rosa – 22ª Câm. Dir. Priv. – j. 13.05.2020.

[33] TJSP – AI 2074444-72.2020.8.26.0000 – Rel. Thiago de Siqueira – 14ª Câm. Dir. Priv. – j. 07.05.2020.

Há que se buscar o equilíbrio. O momento, portanto, é de cautela. A utilização da teoria da onerosidade excessiva deve ser aplicada sem ofender o equilíbrio da posição contratual dos envolvidos. Essa sintonia fina é o desafio atual e urgente dos operadores do direito.

No mais, protejam-se, fiquem em casa se possível e permaneçam saudáveis. Trata-se de um desafio para a humanidade. Vamos vencê-lo.

Referências

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Responsabilidade civil do médico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2005.

COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. *Obrigações de meio, de resultado e de garantia:* contratos mercantis e outros temas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 63-78.

COSTA, Judith-Martins. O direito privado como um "sistema em construção". *Revista de Informação Legislativa,* Brasília, DF, v. 35, n. 139, 1998.

DEMOGUE, René. *Traité des obligations en général*. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1923. t. 5.

DINHEIRO na conta e subsídios: como países mitigam impactos do coronavírus. *Exame,* [S. l.], 25 mar. 2020. Disponível em: https://bit.ly/2RZPkmB. Acesso em: 24 set. 2020.

GARCIA, Paulo Henrique Ribeiro. Responsabilidade civil por fato do produto ou serviço: reflexões referentes à aplicabilidade da classificação da obrigação de meios, resultado e garantia. *Revista da Escola Paulista da Magistratura,* São Paulo, n. 49, p. 125-141, 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*. *Código brasileiro de defesa do consumidor:* comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Comentários ao Código Civil:* direito privado contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2019.

NERY JUNIOR, Nelson. Contrato de seguro de vida em grupo e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 10, 2003.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor.* São Paulo: Saraiva, 2007.

PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado:* doutrina e jurisprudência. Barueri: Manole, 2019.

ROSENVALD, Nelson. *Obrigações de meio, de resultado e de garantia:* 20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 287-302.

SCHREIBER Anderson *et al. Código Civil comentado:* doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. t. 1.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. São Paulo: Método, 2018.

TEPEDINO Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v. 2.

Covid-19 e a revisão dos contratos de consumo por onerosidade excessiva

Cassio Pereira Brisola[1]
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: Introdução; 1. Código de Defesa do Consumidor como lei principiológica; 2. Princípios da Lei 8.078/90; 2.1. Vulnerabilidade; 2.2. Boa-fé objetiva; 2.3. Equilíbrio econômico do contrato; 2.4. Preservação dos contratos; 3 Teorias sobre a revisão do contrato; 3.1. Teoria da imprevisão; 3.2. Teoria da base do negócio; 3.3. Teoria da onerosidade excessiva; 4. Requisitos para revisão do contrato de consumo por onerosidade excessiva; 4.1. Natureza da onerosidade excessiva; 5. Conclusão; Referências.

Introdução

A pandemia provocada pelo vírus Covid-19[2] alterou, influenciou e modificou a relação entre consumidores e fornecedores por força das medidas de restrição de circulação das pessoas impostas pelas autoridades sanitárias.

A quarentena, instituída em escala mundial, afetou e afetará a convivência humana e o tráfego normal do comércio por alguns anos, impactando a economia e gerando recessão.

As relações consumeristas não escaparam, nem escaparão dos efeitos da redução da atividade econômica.

---

[1] Especialista em Direito do Consumidor e em Direito Civil pela EPM.

[2] A lei 14.010/20 fixou como termo inicial dos eventos derivados da pandemia do coronavírus (Covid-19) o dia 20 de março de 2020 (parágrafo único do art. 1º).

Muito se tem discutido sobre os efeitos da pandemia nos contratos, ora classificando-a como caso fortuito/força maior, ora como causa superveniente imprevista, valendo citar a advertência de Anderson Schreiber (2020) de que apenas a análise casuística poderá indicar qual a solução jurídica a ser aplicada.

Por conta disso, o presente estudo visa discutir o reflexo da pandemia da Covid-19 nos contratos de consumo, em especial na revisão por onerosidade excessiva.

Para tanto, iniciaremos com uma breve abordagem sobre os princípios do Código de Defesa do Consumidor (CDC), bem como da tutela nele prevista para a revisão dos contratos por fato superveniente.

1. O Código de Defesa do Consumidor como lei principiológica

A Lei 8.078/90, amparada na Carta Magna (art. 5º, inc. XXXII), trouxe princípios próprios para tutelar a relação consumerista, inseridos no Direito Privado como normas de ordem pública e interesse social (artigo 1º).

Rosa Maria de Andrade Nery, ao discorrer sobre a principiologia do Direito Privado, conceitua lei principiológica como “aquela que fixa os princípios fundamentais de determinada situação ou relação jurídica, aos quais devem se submeter todas as leis especiais que regulam as matérias específicas” (NERY, 2008, p. 233).

Nessa linha, Cavalieri Filho ao analisar o campo de aplicação do CDC, com destaque aos aspectos cogente e imperativo de suas normas, bem como ao interesse social do tema, ante a flagrante desigualdade existente entre as partes na relação de consumo, superando o mero interesse individual dos envolvidos, com o estabelecimento de uma Política Nacional de Consumo (artigo 4º), conclui que: “o campo de incidência do Código de Defesa do Consumidor, portanto, é abrangente, difuso, permeia todas as áreas do Direito pelo que não guarda semelhança com as leis de locações, falência etc.” (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 14).

Diante desse quadro, o Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado como um diploma legal que estende seus preceitos a outros ramos do Direito, os quais devem ser aplicados ao se verificar uma relação de consumo, ainda que disciplinado por outra lei, uma vez que,

"às leis principiológicas não se aplica o princípio da especialidade, segundo o qual a norma especial derroga a geral, justamente porque a lei principiológica não é lei geral" (NERY, 2008, p. 233).

2. Princípios do Código de Defesa do Consumidor

O artigo 4º do CDC traz os objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo, fixando os princípios que devem ser aplicados para alcançar sua finalidade (incisos I a VIII).

Para os fins do presente trabalho, revestem-se de maior importância os princípios da vulnerabilidade (inciso I); da boa-fé objetiva, do equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores (inciso III); e o princípio da conservação dos contratos (art. 6º, inc. V).

2.1. Princípio da vulnerabilidade

O princípio da vulnerabilidade é fruto da percepção de que o consumidor é a parte mais fraca na relação de consumo, sendo comparado com o elo mais fraco de uma corrente. Como uma corrente é tão forte quanto o seu elo mais fraco, reconheceu-se a necessidade de amparar os consumidores em suas relações com os fornecedores.

José Geraldo Brito Filomeno, amparado na lição do professor Fábio Konder Comparato, reconhece que o consumidor "é aquele que não dispõe de controle sobre os bens de produção e, por conseguinte, deve se submeter ao poder dos titulares destes" (FILOMENO, 2017, p. 77).

Claudia Lima Marques, ao tratar da vulnerabilidade do consumidor, afirma que ela se constitui em "presunção legal absoluta, que informa e baliza a sua aplicação e a hermenêutica – sempre a favor do consumidor — de suas normas" (MARQUES, 2011, p. 304), citando voto do Ministro Herman Benjamin: "O ponto de partida do CDC é a afirmação do princípio da vulnerabilidade do consumidor, mecanismo que visa a garantir igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica do consumo".[3]

---

[3] STJ, REsp 586.316/MG, j. 17.04.20070.

O princípio da vulnerabilidade, portanto, deve nortear a interpretação e aplicação da tutela consumerista, não sendo diferente quando se trata da revisão dos contratos por onerosidade excessiva.

2.2. Princípio da boa-fé objetiva

Com o advento do CDC, o princípio da boa-fé objetiva ganhou destaque no Direito Privado, uma vez que a previsão de boa-fé no Código Comercial de 1850 não teve grande atenção da doutrina pátria (COUTO E SILVA, 2006, p. 37).

O princípio da boa-fé objetiva estabelece normas de conduta entre os contratantes (consumidor e fornecedor), que devem adotar, tanto na fase pré-contratual quanto na execução do contrato, comportamento que contribua para a realização plena dos objetivos do contrato (GOMES, 1995, p. 42).

Claudio Godoy conceitua a boa-fé objetiva como "um *standard,* um padrão de comportamento, reto, leal, veraz, de colaboração mesmo, que se espera dos contratantes" (GODOY, 2007, p. 72).

Atribuem-se três funções para a boa-fé: função interpretativa, função integrativa/supletiva (criadora de deveres anexos) e função restritiva/corretiva/de controle.

A função interpretativa da boa-fé busca alcançar a vontade originária das partes no momento da contratação, quando as disposições contratuais trazem dúvida de interpretação, orientando o hermeneuta a interpretar o contrato de forma a prestigiar o interesse comum dos contratantes, ao invés de beneficiar somente um deles.

Por sua vez, a função integrativa/supletiva da boa-fé cria deveres anexos de conduta para os contratantes, como o dever de informar, de cooperação, ou de lealdade.

Cavalieri Filho ensina que "os contratantes não são apenas obrigados a realizar a prestação principal, mas também a usar os seus esforços para garantir o perfeito adimplemento do contrato", afirmando que "quem quer os fins quer também os meios necessários à respectiva consecução" (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 51).

A seu turno, a função restritiva/corretiva/de controle da boa-fé visa coibir comportamento abusivo, lesivo e irregular dos contratantes, autorizando o intérprete do contrato a afastar cláusulas que proporcionem extrema vantagem para um deles, prestigiando o equilíbrio contratual.

Judith Martins-Costa afirma que:

> Ao conjugar à conduta, segundo a boa-fé, o equilíbrio das posições do polo fornecedor e do polo consumidor, e ao prever expressamente (art. 51, inc. IV) a nulidade de cláusulas abusivas, pois desbordam da boa-fé, atingindo tal equilíbrio, a normativa consumerista atribui ao princípio da boa-fé uma função corretora do desequilíbrio contratual com caráter geral. (2018, p. 325, destaque no original)

Como se vê, a boa-fé objetiva reforça e fundamenta o princípio do equilíbrio contratual nas relações de consumo (art. 4º, inc. III), o que será estudado a seguir.

2.3. Princípio do equilíbrio econômico do contrato

O princípio do equilíbrio econômico do contrato não foi positivado no CDC, ao contrário do que ocorreu com o princípio da boa-fé, como visto acima.

Contudo, o legislador consumerista emprestou relevância ímpar ao equilíbrio econômico contratual (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 64), principalmente ao mencionar o equilíbrio das relações como princípio (art. 4º, inc. III) (MARQUES, 2011, p. 902); bem como ao atribuir a ele o caráter de direito básico do consumidor (art. 6º, inc. V, parte final), além de estabelecer a nulidade da cláusula contratual que coloca o consumidor em desvantagem exagerada (art. 51, inc. IV).

Como se vê, o equilíbrio contratual orienta o intérprete a buscar a equivalência entre a prestação originariamente assumida pelo consumidor e a devida na execução do contrato.

Claudia Lima Marques afirma que o princípio do equilíbrio contratual é cogente, de sorte que ainda que "aceita conscientemente pelo consumidor, mas se traz vantagem excessiva para o fornecedor, se é abusiva, o resultado é contrário à ordem pública, contrário às novas normas de ordem pública de proteção do CDC, e a autonomia de vontade não prevalecerá" (MARQUES, 2011, p. 903).

Anderson Schreiber destaca que o princípio do equilíbrio contratual "não está adstrito a mero reforço daquilo que já derivaria da própria noção de comutatividade, centrada sobre o vínculo correspectivo entre prestações" (SCHREIBER, 2018, p. 56), afirmando que ele:

> Destina-se a impedir não somente que um contratante sofra sacrifício econômico desproporcional ao benefício econômico obtido — o que se pode denominar desequilíbrio contratual vertical, porque constatado a partir da comparação entre dimensões econômicas dos direitos e obrigações recíprocos que compõem o objeto do contrato —, mas também que sofra sacrifício econômico desproporcional ao assumido — o que se pode denominar desequilíbrio contratual horizontal, porque verificado a partir do agravamento do sacrifício econômico imposto ao contratante no tempo, entre o momento da formação do contrato e o momento da sua execução. (SCHREIBER, 2018, p. 56)

Nelson Rosenvald adverte que o "equilíbrio é pressuposto inerente a qualquer contratação, como imperativo ético do ordenamento jurídico, e mesmo nas relações puramente civis, evidencia-se a desigualdade, mesmo que de forma mais sutil (ROSENVALD, 2016, p. 253).

O desequilíbrio contratual pode decorrer de fato contemporâneo a sua formação, como nos casos de vício de vontade, ou por fato superveniente, como a pandemia provocada pela Covid-19, o que interessa para os fins do presente estudo.

2.4. Princípio da conservação do contrato

É através do contrato que os consumidores adquirem produtos e serviços dos fornecedores, impulsionando a roda da economia com a transferência de riqueza, proporcionando a criação de empregos, arrecadação de impostos e a realização de investimentos de sorte a "assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social" (artigo 170, *caput*, da Carta Maior).

Assim sendo, o desfazimento do contrato — quer por rescisão ou resolução — não interessa à ordem econômica, haja vista a estagnação causada, além de enfraquecer sua função social.

No âmbito do CDC, o princípio da conservação do contrato revela-se no reconhecimento da revisão como direito básico do consumidor (art. 6º, inc. V), além da previsão de que a nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes (art. 51, § 2º).

Bruno Miragem destaca que "a diretriz do CDC orienta-se no sentido de assegurar a manutenção do contrato enquanto houver interesse útil a ser satisfeito mediante sua execução" (MIRAGEM, 2013, p. 202).

Nery e Nery são enfáticos ao afirmar que:

> o direito básico do consumidor, reconhecido no CDC 6º V, não é o de desonerar-se da prestação por meio da resolução do contrato, mas o de modificar a cláusula que estabeleça prestação desproporcional, mantendo-se íntegro o contrato que se encontra em execução ou de obter a revisão do contrato se sobrevierem fatos que tornem as prestações excessivamente onerosas para o consumidor. (NERY; NERY, 2016, p. 197)

Portanto, havendo a possibilidade do contrato produzir interesse útil para os contratantes, ele deve ser preservado através da revisão de suas cláusulas, afastando-se eventual cláusula abusiva ou readequando seus termos para restabelecer o equilíbrio econômico do contrato.

3. Teorias que autorizam a revisão dos contratos de consumo

O CDC prevê a possibilidade de revisão dos contratos em razão de fatos supervenientes que os tornem excessivamente onerosos (art. 6º, inc. V, *in fine*).

Importante destacar que a Lei 8.078/90 deixou de fixar como requisito que o fato seja imprevisível, como o fez o Código Civil no art. 478. O fato superveniente não precisa ser imprevisível (BRAGA NETO, 2019, p. 82), basta que ele interfira no cumprimento dos termos contratados, provocando onerosidade excessiva.

Inegável que a pandemia provocada pela Covid-19 deve ser reconhecida como fato superveniente a influir na execução dos contratos.

Anderson Schreiber afirma que o problema referente ao desequilíbrio contratual superveniente à formação do contrato tem sido debatido em diferentes experiências jurídicas nacionais, sob diferentes nomenclaturas – imprevisão, quebra da base do negócio, desequilíbrio entre prestações, alteração das circunstâncias, superveniência contratual, *hardship*, excessiva onerosidade, entre outras –, que refletem "diferentes concepções teóricas sobre o fenômeno, ora lhe atribuindo tratamento mais abrangente, ora mais restritivo, ora, ainda, lhe reservando apenas um tratamento diverso" (SCHREIBER, 2018, p. 136).

Passemos a discorrer sobre as teorias da imprevisão, da base do negócio jurídico e da onerosidade excessiva.

3.1. Teoria da Imprevisão

A teoria da imprevisão tem origem na cláusula *rebus sic stantibus*.

A cláusula rebus sic stantibus surgiu na Idade Média a partir do brocardo latino: *contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelligunur* (os contratos que têm trato sucessivo e dependência futura devem ser entendidos estando as coisas assim) (AZEVEDO, 2011, p. 64), ou seja, como se encontram no momento da contratação.

Segundo Álvaro Villaça de Azevedo, a cláusula *rebus sic stantibus* "apresenta-se com roupagem moderna, sob o nome de teoria da imprevisão, tendo sido construída pela Doutrina, com o intuito de abrandar a aplicação do princípio pacta sunt servanda, quando da alteração brusca das situações existentes no momento da contratação" (AZEVEDO, 2011, p. 64).

Serpa Lopes, ao comentar sobre a origem da teoria da imprevisão, informa que, no direito romano, não havia previsão de regra revisora para o juiz, tendo sido os autores cristãos que trouxeram a concepção de *vinculum fraternitatis*, temperando a força obrigatória do contrato pela consideração do justo contratual, conforme a doutrina de Santo Ambrósio, Santo Agostinho e São Tomás de Aquino, bem como o fato de que o equilíbrio das prestações representa o corolário necessário da justiça contratual, pois "dar a cada um o que é devido, é a fórmula sintetizadora do dever do juiz, em matéria de mora contratual" (LOPES, 1962, p. 112).

A teoria da imprevisão foi elaborada e acolhida pelo Conselho de Estado da França, no decorrer da Primeira Guerra Mundial. Nasceu com o julgado de 30 de março de 1916, exarado na questão de Bordeaux, na qual se discutiu sobre o contrato administrativo de serviço público (concessão de obra pública) em que se admitiu a revisão dos preços, em razão da alta do carvão causada pelos transtornos da guerra.

Assim surgiu a *Loi Failliot*, que permitia a resolução dos contratos firmados antes da Grande Guerra, "desde que tivessem por objeto a entrega de mercadorias ou gêneros em prestações sucessivas ou diferidas, e que um dos contratantes demonstrasse ter sofrido prejuízos exagerados em virtude da guerra" (SCHREIBER, 2018, p. 150).

3.2. Teoria da base do negócio

As teorias da base do negócio (subjetiva e objetiva) têm origem na doutrina alemã, a partir dos estudos de Windscheid, Oertman e Larenz.

José Eduardo da Costa explica que o jurista alemão Bernhard Windscheid elaborou a teoria da pressuposição, sintetizando-a nos seguintes termos:

> A teoria da pressuposição afirma que quem declara a vontade, sob certo pressuposto, pretende que o efeito jurídico se produza apenas se for mantida a situação abrangida pelo pressuposto. Assim, caso haja efeito previsto no negócio, sem a subsistência da pressuposição, o querer real do declarante não foi realizado. A doutrina da pressuposição funda-se na conclusão de que, além da causa, podem existir outras situações contratuais, não declaradas expressamente, mas emanadas das circunstâncias e percebidas ou suscetíveis de percepção pela contra parte. (COSTA, 2012, p. 402)

Costa aponta como problema da teoria da pressuposição a ausência de "métodos ou instrumentos capazes de estabelecer quais formas ou eventos que conduziram as partes a concluir a negociação e formam um contrato" (COSTA, 2012, p. 403).

Anderson Schreiber esclarece que, para Oertman, a base do negócio consistiria na

> representação mental de uma das partes no momento da conclusão do negócio jurídico, conhecida em sua totalidade e não rechaçada pela outra parte, ou a comum representação das diferentes partes sobre a existência ou surgimento de certas circunstâncias nas quais se baseia a vontade negocial. (SCHREIBER, 2018, p. 142).
> Segundo Rodrigues Junior, Karl Larenz "acolheu e reformulou de modo radical a teoria da base do negócio jurídico, devendo essa ser entendida em dois aspectos, o subjetivo e o objetivo".

Para Larenz, a base subjetiva é a determinação da vontade de uma ou ambas as partes (como uma representação mental existente ao se concluir o negócio) que tenha influenciado grandemente na formação dos motivos. Por sua vez, a base "objetiva" do contrato (enquanto complexo de sentido inteligível) constitui o conjunto de circunstâncias cuja existência ou persistência pressupõe devidamente o contrato — saibam ou não os contratantes — já que, se assim não fosse, não se

lograria o fim do contrato, o propósito das partes contratantes e a subsistência do contrato não teria "fim, sentido ou objeto".[4]

Farias e Rosenvald afirmam que a teoria da quebra da base objetiva difere da teoria da imprevisão por não exigir como requisito acontecimento imprevisível que altere a economia contratual, sendo suficiente o desaparecimento das "circunstâncias mínimas que presidiram a contratação, aquelas expectativas legítimas cuja permanência é inerente àquele tipo de contrato, ensejando uma desproporção superveniente entre as prestações" (ROSENVALD, 2016, p. 262).

3.3. Teoria da onerosidade excessiva

A teoria da onerosidade excessiva visa restabelecer o equilíbrio do contrato afetado por fato superveniente, com forte atuação do princípio do equilíbrio econômico do contrato.

Schreiber relata que a teoria da onerosidade excessiva teve origem no Código Civil italiano, de 1942, aproximando-se em parte da doutrina da imprevisão francesa, uma vez que o art. 1.467 menciona acontecimentos extraordinários e imprevisíveis. Contudo, a doutrina italiana teria se esforçado para imprimir interpretação objetiva, "distanciando-se, na identificação do seu fundamento, do apego excessivo à vontade originária dos contratantes para situar o tema no campo da causa" (SCHREIBER, 2018, p. 157), tendo influenciado a redação do art. 478 do Código Civil brasileiro.

Cumpre destacar que o Código de Defesa do Consumidor não exige fato imprevisível ou extraordinário para o reconhecimento da onerosidade excessiva, afastando-se da disciplina prevista no Código Civil (art. 478).

O CDC autoriza a revisão do contrato quando ocorrer fato superveniente que torne a prestação excessivamente onerosa.

Konder afirma que "a vulnerabilidade presumida do consumidor – tomada pelo legislador como pessoa em condição de particular

[4] Transcrição da tradução livre feita por Anderson Schreiber (2018, p. 144) de trecho da obra de Karl Larenz: *Base del negocio juridico y cumplimento de los contratos*.

vulnerabilidade — conduz à atenuação do rigor nos requisitos para a caracterização da onerosidade excessiva, alargando o espaço de intervenção judicial” (COMPARATO, 2020, p. 141).

4. Requisitos para a revisão dos contratos por onerosidade excessiva no CDC

A disciplina da onerosidade excessiva no âmbito do CDC traz peculiaridades que a distancia daquela prevista no Código Civil (art. 478), tanto pela redação do art. 6º, inc. V, quanto pela aplicação de seus princípios, razão pela qual devem ser analisados seus requisitos.

Assim, faz-se importante definir os requisitos para o reconhecimento da excessiva onerosidade referida no art. 6º, V, do CDC.

Thiago Ferreira Cardoso Neves defende que a expressão “excessiva onerosidade” significa “uma prestação desproporcional e desarrazoada, que imponha à parte uma grande dificuldade no seu cumprimento se comparada com as condições originais, beneficiando a outra parte com uma extrema vantagem” (NEVES, 2018, p. 67).

Não concordamos com a conclusão de que a excessiva onerosidade deva provocar extrema vantagem para o outro contratante, uma vez que a prestação de uma das partes pode ter sido agravada pelo fato superveniente, sem que acarretasse benefício exagerado para a parte contrária.

Por força do princípio do equilíbrio contratual, é suficiente que um dos contratantes venha suportar “sacrifício econômico desproporcional em decorrência do cumprimento das obrigações que compõem o objeto do seu contrato” (SCHREIBER, 2018, p. 58).

Assim sendo, desnecessário se perquirir se a onerosidade excessiva de uma das partes veio acompanhada de extremo benefício do outro contratante.

Noutro giro, a onerosidade excessiva somente se verifica nos contratos (bilaterais, comutativos e onerosos) e em casos de obrigação duradoura ou periódica, não atingindo aqueles de obrigação instantânea, como destaca Raquel Bellini Salles (2005, p. 322).

Rodrigues Junior (2006, p. 207) ensina que os contratos aleatórios não se submetem à teoria da onerosidade excessiva, "com a ressalva de que podem ocorrer alterações circunstanciadas na execução das cláusulas de cunho não aleatório". Salles (2005, p. 323), por sua vez, entende ser possível a revisão de contrato aleatório se um fato superveniente se traduzir em uma álea extraordinária, como na elevação do valor do prêmio pago pelo consumidor em um contrato de seguro.

Importante destacar que a onerosidade excessiva não se confunde com eventual variação da equivalência das prestações, como visto acima ao se tratar do princípio do equilíbrio econômico do contrato.

Por exemplo, na compra e venda parcelada, não se configura a onerosidade excessiva se o fornecedor oferecer desconto no preço do produto, como ocorre no setor de vestuário com as promoções de final de estação, ou após o lançamento de uma geração mais nova do produto, como no comércio de carros novos.

Nesse sentido, José Eduardo Costa (2012, p. 424) afirma que "a onerosidade excessiva é um fenômeno pertinente ao programa econômico do contrato. Não se trata, portanto, de uma mera análise individualizada da prestação, comparando-se o seu valor no momento da contratação e o seu valor atual".

Noutro vértice, a revisão contratual por onerosidade excessiva pode ser buscada diretamente entre o consumidor e fornecedor. Contudo, não alcançado um acordo, o Judiciário deverá ser acionado para intervir e restaurar o equilíbrio das prestações, uma vez que uma das partes do contrato não pode impor à outra sua vontade.

Havendo a necessidade de propositura de ação judicial, a doutrina se divide sobre a possibilidade de se alegar a onerosidade excessiva pelo consumidor que estiver em mora.

Rodrigues Junior (2006, p. 208) afirma que a revisão judicial por onerosidade excessiva deve ser alegada "antes do descumprimento do contrato, sob pena de se transformar seu eventual beneficiário em um simples devedor moroso, sujeito às regras da resolução por inexecução culposa".

Por sua vez, Salles (2005, p. 324) defende a possibilidade de alegação da revisão contratual pelo devedor moroso "nas hipóteses de súbita onerosidade excessiva, inviabilizando-se para o consumidor a propositura da ação em tempo hábil".

Silvio Venosa (2010, p. 498) adverte que:

> o devedor somente pode beneficiar-se da revisão se não estiver em mora no que diga respeito ao cumprimento das cláusulas contratuais não atingidas pela imprevisão, isso porque o inadimplemento poderá ter ocorrido justamente pela incidência do fenômeno. Não podemos considerar, nesse caso, em mora o devedor se falta não lhe é imputável.

Em caso de inadimplemento do consumidor após a decretação da pandemia (art. 1º, parágrafo único, da Lei 14.010/20), e por motivo decorrente dela, entendo que deve ser aceita a revisão contratual, por ser a interpretação que mais se afina com os princípios da vulnerabilidade, da boa-fé objetiva e da conservação dos contratos.

Ademais, os escritórios de advocatícia foram proibidos de funcionar no período de quarentena (GOVERNO..., 2020), o que inviabilizou a procura e o contato do consumidor com os advogados, além da restrição de circulação e contato social, dificultando e/ou impedindo a propositura de ação revisional.

4.1. Natureza da onerosidade excessiva

O efeito da pandemia no contrato pode ser de duas naturezas: objetiva ou subjetiva.

Chamamos de efeito objetivo aquele que interfere diretamente na prestação do contrato, aproximando-se da teoria da frustração do contrato,[5] em que o cumprimento não se mostrar interessante ou impossível de ser efetivado, como, v.g., no caso de pacote de turismo inviabilizado pela restrição de circulação.

Por sua vez, a natureza subjetiva está relacionada ao contratante que não tenha condição de cumprir o contrato, quer pela redução de

---

[5] Teoria da frustração do contrato tem origem na *common law* por ocasião do cancelamento da coroação do Rei Eduardo VIII.

sua capacidade financeira, quer por se encontrar entre as pessoas qualificadas como grupo de risco (86 MILHÕES..., 2020).

Como cediço, a pandemia aumentou o desemprego, interferindo na capacidade financeira, forçando o consumidor a optar pelo contrato que poderá cumprir.

Claudia Lima Marques, ao analisar a nova teoria contratual criada pelo CDC e a possibilidade de rescisão do contrato, afirma que "a aceitação de circunstâncias subjetivas passivas, como a perda do emprego, acidente, divórcio etc., como causas possíveis de inadimplemento sem culpa".

Se o desemprego pode ser considerado como fundamento para a rescisão do contrato sem culpa, também deve ser aceito para revisão do contrato, por força do princípio da conservação dos contratos.

5. Conclusão

Os problemas provocados pela pandemia da Covid-19 na execução dos contratos alteraram as condições fáticas e os propósitos existentes no momento da contratação, afetando consumidores e fornecedores.

Contudo, o sistema jurídico nacional traz ferramentas para enfrentar as consequências da pandemia nos contratos de consumo, ferramentas que englobam desde os preceitos constitucionais (art. 3º, I, da CF) aos princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor, como visto acima.

Não podemos nos furtar a advertir que o consumidor não tem somente direitos, mas também deveres, conforme reconhecido no art. 4º, inc. IV, do CDC, além do dever de cooperação imposto pelo princípio da boa-fé objetiva, na sua face de integração dos interesses dos contratantes, reforçado pelo objetivo fundamental de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inc. I).

Assim sendo, a pandemia não deve ser utilizada pelo consumidor para requerer a revisão do contrato, se este ou ele não sofreram os efeitos daquela. Ou seja, há a necessidade de se demonstrar a onerosidade excessiva no cumprimento do contrato decorrente de fato relacionado aos efeitos da quarentena imposta por força da pandemia da Covid-19.

Em suma, a pandemia não pode ser utilizada como "desculpa" para a revisão dos contratos, impondo-se aos contratantes comprovar os efeitos dela sobre eles, uma vez que a pandemia é notória, mas suas consequências em cada contrato não o são, razão pela qual a onerosidade excessiva deverá ser demonstrada no caso concreto, "atentando o julgador para as circunstâncias particulares do caso, entre as quais a natureza e o conteúdo do contrato, bem como o interesse das partes (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 211).

Referências

86 MILHÕES de adultos brasileiros estão no grupo de risco para covid-19. *Unifesp,* São Paulo, 15 jun. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3kRFCPl. Acesso em: 10 jun. 2020.

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao novo Código Civil:* volume VI, tomo II: da extinção do contrato. Coordenação: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil:* teoria geral: volume 3: relações e situações jurídicas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Comentários ao novo Código Civil:* volume VII: das várias espécies de contrato. 2. ed. rev. e atual. Coordenação: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos e; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual de direito do consumidor*: à luz da jurisprudência do STJ. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor.* 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

COSTA, José Eduardo da. *Temas relevantes do direito civil contemporâneo:* reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. Coordenação: Renan Lotufo, Giovanni Ettore Nanni, Fernando Rodrigues Martins. São Paulo: Atlas, 2012.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *Obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil:* contratos. 6. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *In:* Ada Pellegrini Grinover *et al*. *Código brasileiro de defesa do consumidor:* comentado pelos autores do anteprojeto. 11. ed. rev. atual. e ref. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato:* os novos princípios contratuais. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GOVERNO de SP cancela permissão de trabalho interno em escritórios de advocacia e contabilidade na quarentena. G1, Rio de Janeiro, 4 abr. 2020. Disponível em: https://glo.bo/3j39nMJ. Acesso em: 15 jun. 2020.

LOTUFO, Renan. *Código civil comentado:* tomo I: contratos em geral até doação (arts. 421 a 564): volume 3. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor:* o novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil:* volume V: tomo II: do inadimplemento das obrigações. 2. ed. Coordenação: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado:* critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor.* 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo Revista dos Tribunais, 2013.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Instituições de direito civil:* volume III: contratos. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2016.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. *Revisão dos contratos:* autonomia da vontade e teoria da imprevisão. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSENVALD, Nelson. *Código Civil comentado:* doutrina e jurisprudência. 13. ed. Coordenação: Cezar Peluso. Barueri: Manole, 2019.

SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. O desequilíbrio da relação obrigacional e a revisão dos contratos no Código de Defesa do Consumidor: para um cotejo com o Código Civil. *In:* TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações:* estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e o dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SCHREIBER, Anderson. Devagar com o andor: coronavírus e contratos: Importância da boa-fé e do dever de renegociar antes de cogitar de qualquer medida terminativa ou revisional. *Migalhas,* [S. l.], 23 mar. 2020. Disponível em: https://bit.ly/2EDhhNZ. Acesso em: 12 jun. 2020.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil:* fontes das obrigações: volume III: contratos. 4. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962.

SOUZA, Sylvio Capanema de; WERNER, José Guilherme Vasi; NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *Direito do consumidor.* Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil:* volume 3: contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código civil interpretado.* São Paulo: Atlas, 2010.

A alteração superveniente das obrigações contratuais e a excepcional divisão de riscos, no âmbito das relações de consumo, imposta pela pandemia da Covid-19

Guilherme Ferreira da Cruz[1]
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Política nacional das relações de consumo; 2. Vulnerabilidade; 3. Ação governamental; 4. Inviabilidade de abuso no mercado; 5. Panorama constitucional do risco da atividade; 6. O direito básico à alteração contratual; 6.1. Modificação de cláusulas desproporcionais; 6.2. Revisão superveniente × base do negócio; 7. A excepcional divisão de riscos imposta pela pandemia da Covid-19; 8. Conclusão; 9. Referências.

1. Política nacional das relações de consumo

A perspectiva medular, a ser *prima facie* considerada, é de que a Lei 8.078/90 deixa clara sua intenção (art. 4º, *caput*) e essa política protecionista, imposta pelo Estado, nasce da constatação da fragilidade do consumidor, disperso, sem organização em face das empresas e da consequente necessidade da sua intervenção no sentido de proteger o consumidor, por iniciativa direta, mediante o fomento à criação e ao

---

[1] Doutor em Direito Civil pela USP, Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela UNIMES-Santos; Pós-graduado em Direito do Consumidor pela EPM. Professor de Direito do Consumidor da Universidade Metropolitana de Santos e do Programa de Pós-graduação da Escola Paulista da Magistratura e da Escola Superior de Advocacia. Membro do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON).

desenvolvimento das associações de consumidores ou por sua presença no mercado.[2]

Interessa que a defesa do consumidor não pode ser encarada como instrumento de confronto entre produção e consumo, senão como meio de compatibilizar e harmonizar os interesses envolvidos.[3]

Na busca desse equilíbrio, a Política Nacional das Relações de Consumo funciona como norma-objetivo, ou seja, possibilita a introdução no universo normativo dos fins perseguidos pelo sistema mediante a análise de padrões teleológicos perfeitamente definidos, *in casu:* o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção dos seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e a harmonia das relações de consumo.

O professor e ex-Min. do STF Eros Roberto Grau recomenda, e com razão, que o intérprete deve repudiar qualquer solução interpretativa que não seja adequada à realização daqueles fins inscritos na norma-objetivo do art. 4º.[4] Entretanto, isso não significa o comprometimento da liberdade econômica, ao contrário, resta ela estimulada enquanto atuação socialmente responsável de ambos os polos envolvidos, ou seja, o princípio da intervenção mínima necessária impede que os economicamente mais fortes reduzam ou anulem a liberdade dos fracos (consumidores).[5]

2. Vulnerabilidade

A vulnerabilidade é a espinha dorsal da proteção ao consumidor, na qual se assenta toda a linha filosófica do movimento consumerista,[6] podendo ser apontada como basilar e consequente de todos os

---

[2] CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. *Comentários ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1991, p. 25.

[3] ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 15.

[4] GRAU, Eros Roberto. Interpretando o Código de Defesa do Consumidor: algumas notas. *Revista de Direito do Consumidor,* São Paulo, v. 5, 1993, p. 188-189.

[5] AMARAL, Luiz. O código, a política e o sistema nacional de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor,* São Paulo, v. 6, 1993, p. 71.

[6] ALMEIDA, João Batista de, op. cit., p. 16.

outros princípios informadores do sistema protetivo.[7] Daí por que a Lei 8.078/90 parte da fraqueza manifesta do consumidor no mercado, conferindo-lhe certos instrumentos para melhor defender-se.[8]

Pode-se dizer que o CDC é todo uma emanação do princípio da vulnerabilidade e, em certo sentido, justifica-se em função dele.[9] Afinal, a própria Constituição da República é expressa em reconhecer no consumidor um sujeito que precisa de defesa (art. 5º, XXXII), e quando impõe ao Estado o dever de protegê-lo nada mais faz do que concretizar o princípio da isonomia tratando desigualmente os desiguais.

O art. 4º impõe, como elenca o seu primeiro princípio (I), que seja reconhecida a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, a justificar e a impor que ele receba um tratamento diferenciado,[10] afinal, a vulnerabilidade não é pressuposto da condição de consumidor, nem elemento dos seus conceitos (próprios e equiparados). É, isto sim, direito material outorgado a todos os que a lei considera consumidores, pessoa jurídica inclusive.[11]

Em outras palavras, não é o vulnerável que será, per se, consumidor; mas todo consumidor é materialmente vulnerável, conquanto se trate ou não de pessoa física, jurídica ou profissional. Evidenciado o elemento teleológico (destinatário final) ou a subsunção a alguma das normas de extensão, ressai *ex vi legis* a vulnerabilidade.

Dinâmica, aliás, que opera *iure et de iure;* conforme ressalta Arruda Alvim:

> A vulnerabilidade do consumidor é incindível do contexto das relações de consumo e independe de seu grau cultural ou econômico, não admitindo prova em contrário, por não se tratar de mera

---

[7] MARINS, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto:* os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 38.

[8] FILOMENO, José Geraldo Brito *et al. Código brasileiro de defesa do consumidor:* comentado pelos autores do anteprojeto. 4. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1996, p. 44.

[9] NUSDEO, Fábio *et al. Comentários ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 27.

[10] NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 128.

[11] MORATO, Antonio Carlos. *Pessoa jurídica consumidora*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 152.

> presunção legal. É, a vulnerabilidade, qualidade intrínseca, ingênita, peculiar, imanente e indissociável de todos que se colocam na posição de consumidor, em face do conceito legal, pouco importando sua condição social, cultural ou econômica, quer se trate de consumidor-pessoa jurídica ou consumidor-pessoa física.[12]

Mas a vulnerabilidade (presente *ope legis*) não se confunde com a hipossuficiência (critério subjetivo[13]), característica restrita àqueles que, além de vulneráveis, veem-se numa situação agravada por sua individual condição de carência cultural, material ou, como ocorre com frequência, ambas.[14]

Assim, é forçoso concluir que a vulnerabilidade é um conceito de ordem material, inerente à figura de qualquer consumidor; enquanto a hipossuficiência é ontologicamente processual e, por isso, sua presença deve ser verificada caso a caso com o escopo de viabilizar seu único efeito: a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII).

3. Ação governamental

Esse princípio, também inserido no art. 4º do CDC, de certa forma, é corolário da vulnerabilidade do consumidor, pois, se há reconhecimento dessa fragilidade e desigualdade de uma parte em relação à outra, está claro que o Estado deve intervir para proteger a mais fraca, por meios legislativos e administrativos, de modo a garantir o respeito aos seus interesses.[15]

Trata-se da responsabilidade atribuída ao Estado, enquanto ente máximo organizador da sociedade (via poder de polícia) e do mercado, de prover o consumidor dos mecanismos que propiciam sua efetiva

---

[12] ALVIM NETO, José Manoel Arruda *et al*. *Código do Consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 45.

[13] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e *et al*. *Código brasileiro de defesa do consumidor:* comentado pelos autores do anteprojeto. 4. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1996, p. 230.

[14] ALVIM NETO, José Manoel Arruda *et al*, op. cit., p. 45.

[15] ALMEIDA, João Batista de, op. cit., p. 16-17.

proteção.[16] A intervenção deve ser constante e não se esgota nas formas previstas no art. 4º, II, do CDC; um agir de maneira eficiente, a coibir e a reprimir todos os abusos praticados no mercado de consumo (CDC, arts. 4º, VI, c.c. 6º, IV).

Observe-se: no fomento da defesa do consumidor (CF, arts. 5º, XXXII c.c. 170, V) e na realização da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), o Estado, invocando a correta noção de liberdade, há de concretizar os valores sociais da livre iniciativa (CF, art. 1º, IV) conforme os ditames da justiça social (CF, art. 170, caput), fazendo-se presente no mercado de consumo sempre que necessário (CF, arts. 173, § 4º, c.c. 174).

4. Harmonia e equilíbrio

A relação de consumo deve ser harmônica e justa, a fim de que o vínculo entre o fornecedor e o consumidor seja constituído de maneira tal que se estabeleça o equilíbrio econômico da equação financeira e das obrigações jurídicas pactuadas ou contraídas pelos interessados. Esse equilíbrio econômico e jurídico é princípio informativo da relação de consumo que possui por fundamento a justiça distributiva, harmonizando os interesses legítimos das partes.[17]

O objetivo é a harmonização dos interesses envolvidos e não o confronto ou o acirramento de ânimos. Interessa às partes (consumidores e fornecedores) o implemento das relações de consumo como um todo, atendidas as necessidades do destinatário final sem prejuízo de estar o mercado abastecido de bens e de serviços.[18] Não se trata, portanto, de uma cruzada antiempresa, mas, ao contrário, de uma

---

[16] Já no primeiro ano de vigência do CDC, com propriedade, afirmava Newton de Lucca (A proteção contratual no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor,* São Paulo, v. 5, 1993, p. 75): "mais do que um mero 'dirigismo contratual', para usar uma expressão da moda, impunha-se uma verdadeira intervenção do Estado no princípio da autonomia da vontade das partes – basilar da teoria geral dos contratos, em sua concepção clássica – com o propósito de coibir os abusos mais escandalosos de que nossa República foi pródiga em revelar exemplos".

[17] LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 108.

[18] ALMEIDA, João Batista de, op. cit., p. 17.

forma de aperfeiçoamento do sistema empresarial, inclusive com a finalidade de dotá-lo de maior competitividade e eficiência.[19]

De um lado, situa-se o fornecedor de bens e serviços, geralmente uma empresa, estruturada não apenas para atender a uma finalidade precípua, como também apta a prover o resguardo dos seus interesses comerciais por meio de recursos diversos, desde o poder de barganha até departamentos jurídicos especializados. De outro, tem-se o consumidor, em regra uma pessoa física isolada, desconhecedora dos seus próprios direitos ou impossibilitada de acioná-los, impotente diante da lesão aos seus interesses legítimos, confrontada com a necessidade de consumir bens ou serviços imprescindíveis à manutenção da sua própria existência e dignidade.[20]

No que concerne à harmonia e ao equilíbrio, há de não se perder de vista os postulados constitucionais da justiça, da solidariedade e da isonomia, pois, na lição de Teresa Ancona Lopez, o princípio do equilíbrio "encontra sua razão de ser na *justiça contratual,* e apresenta-se antagônico ao princípio clássico da obrigatoriedade dos contratos — *pacta sunt servanda* — que é consequência imediata e lógica da autonomia da vontade. Portanto, limita, na busca do direito justo, os dois últimos".[21]

5. Panorama constitucional do risco da atividade

Nos restritos limites da análise proposta, a expressão *livre* encontra base constitucional em três momentos distintos: a) como fundamento da República (CF, art. 1º, IV); b) como seu objetivo (CF, art. 3º, I); e c) como princípio geral da ordem econômica (CF, art. 170, *caput*, e IV, c.c. seu par. ún.).

Pois bem. É necessário fixar, e de modo inquebrantável, que o sistema constitucional brasileiro não admite qualquer *livre* iniciativa,

---

[19] NUSDEO, Fábio *et al.*, op. cit., p. 28.

[20] PASQUALOTTO, Adalberto. *Conceitos fundamentais do Código de Defesa do Consumidor.* São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 49.

[21] LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios contratuais. *In:* Fernandes, Wanderlei (coord.). *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 25. (Série GVlaw).

mas apenas aquela fundada em valores sociais (CF, art. 1º, IV); logo, percebe-se, a olho desarmado e ao contrário do que pensam alguns, que a iniciativa não é tão livre assim.

Conclui-se, portanto, que a ordem econômica nacional há de guardar ressonância com os valores sociais da livre iniciativa, porque somente dessa forma poderá assegurar a todos existência digna (CF, art. 170, *caput*), nova representação da dignidade da pessoa humana já prevista como fundamento da República (CF, art. 1º, III).

Fixadas tais premissas, indaga-se: o Estado deve garantir a *livre* iniciativa e a *livre* concorrência em benefício dos empreendedores (fornecedores concorrentes) ou do mercado, no qual o consumidor é a maioria?

Evidentemente essa noção de *liberdade* só pode aproveitar ao consumidor, muitas vezes graduado pelo agir por necessidade, pena de se admitir uma exploração irracional, e, até certo ponto, autofágica do mercado, que não pertence exclusivamente aos fornecedores.

Busca-se, na verdade e sem nenhum "conteúdo político-ideológico comunista ou socialista",[22] a realização do social, vale dizer, uma justiça distributiva que permita a construção de uma sociedade *livre*, justa e solidária (CF, art. 3º, I), com prevalência do mandamento jurídico nuclear: dignidade da pessoa humana (piso mínimo normativo).[23] E isso passa pela implantação de um Estado social, intervencionista, "que procura, a partir da concretização das liberdades reais ou positivas, realizar a justiça social, prestigiando e fortalecendo, desse modo, os direitos econômicos e sociais reconhecidos em favor das pessoas".[24]

No atinente ao fornecedor, a liberdade constitucional encontra sua representação concreta no dispositivo que assegura a todos o *livre* exercício de qualquer atividade econômica (CF, art. 170, par. ún.). A opção é, pois, do fornecedor. Mas saliente-se: a mesma *liberdade* que

---

[22] NERY JÚNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor,* São Paulo, v. 3, p. 47.

[23] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 14.

[24] STF, ADIN 319/DF, voto do Min. Celso de Mello, em 4 de dezembro de 1992.

assegura ao agente empreendedor a iniciativa de explorar o mercado, inexoravelmente o vincula aos riscos e aos percalços dessa empreitada, e de maneira exclusiva, a inviabilizar qualquer tentativa de transferência desse ônus, inclusive mediante contrato expresso (CDC, art. 51, I, III e XV, c.c. seu § 1º, I, II e III).[25]

Trata-se da teoria do risco do negócio ou do risco da atividade, que deixa solarmente clara a distinção entre a liberdade do fornecedor e a necessidade do consumidor, condutas de mercado que não se confundem. Básico o fundamento: sem repartição adequada dos lucros, não é possível divisão dos riscos.

6. O direito básico à alteração contratual

Como instrumento de realização dos postulados constitucionais da justiça, da solidariedade e da isonomia, a se sustentar na pretendida justiça distributiva (CF, art. 170, *caput*), o equilíbrio ou equivalência contratual — tanto econômico da equação financeira quanto jurídico das obrigações pactuadas — alça contornos de princípio informativo de toda a relação de consumo.

Por isso, a identificar a Lei 8.078/90 um direito subjetivo ao equilíbrio contratual,[26] como numa renegociação imposta,[27] é que um dos direitos básicos do consumidor permite a "modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas" (CDC, art. 6º, V).

Nada obstante a nulidade de pleno direito que contamina as cláusulas abusivas,[28] sobretudo aquelas que consagram vantagem exagerada para o fornecedor (CDC, art. 51, § 1º), à semelhança da disciplina

[25] TJSP, AC 7.292.899-3, rel. Rizzatto Nunes, j. 05.08.2009. Em igual sentido e da mesma Corte: AI 7.125.798-0, j. 28.02.2007 e AC 199.115-4/8-00, j. 21.09.2005.

[26] MIRAGEM, Bruno. *Direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 125.

[27] Carlos Alberto Garbi. *A intervenção judicial no contrato em face do princípio da integridade da prestação e da cláusula geral da boa-fé*: uma nova visão do adimplemento contratual. São Paulo: EPM, 2014.

[28] Cf. as previstas no art. 51, I, IV, VII, VIII, X, XI, XII, XIII, XV e XVI, do CDC.

dos contratos de adesão (CDC, art. 54, § 2º), o sistema jurídico autoriza o consumidor, no seu exclusivo interesse,[29] ao invés de desconstituí-lo total ou parcialmente (CC, arts. 393, p. ún., c.c. 478), a adequar o vínculo obrigacional a parâmetros equilibrados que permitam a satisfação econômica dos sujeitos envolvidos,[30] mas sem a ruína financeira de um deles, por certo a sua própria.

Ou seja, pretende-se resgatar ou impor o sinalagma genético[31] economicamente justo, visto que nem sempre o originário é equilibrado, pois

> a estipulação de cláusulas abusivas é concomitante com a celebração dos contratos, mas a descoberta de sua abusividade é geralmente posterior, é atividade do intérprete do contrato, do aplicador da lei, face aos reclamos daquele que, ao executar o contrato, verificou o abuso cometido.[32]

Tem-se, com isso, uma especial faceta do clássico princípio da conservação dos negócios jurídicos (CC, arts. 157, § 2º, c.c. 184 c.c. 479 c.c. 480), sempre buscando "assegurar a manutenção do contrato enquanto houver interesse útil a ser satisfeito mediante sua execução",[33] o que também atrai um exame das teorias do adimplemento substancial e do inadimplemento eficiente,[34] esta a recomendar – como regra jurídica padrão contra o inadimplemento – a *performance* específica; daí por que reconheceu expressamente o Código que "a nulidade de uma

---

[29] Cláudia Lima Marques *et al.* anotam que, "a onerosidade excessiva e superveniente que permite o recurso a esta revisão judicial é unilateral, pois o art. 6º do CDC instituiu direitos básicos apenas para o consumidor" (MARQUES, Cláudia Lima *et al. Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 58).

[30] Lembre-se, aqui, que Enzo Roppo qualifica o contrato como "a veste jurídica de uma operação econômica" (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 11).

[31] MIRAGEM, Bruno, op. cit., p. 126.

[32] MARQUES, Cláudia Lima *et al. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 256.

[33] MIRAGEM, Bruno, op. cit., p. 130.

[34] PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. A teoria do inadimplemento eficiente (Efficient Breach Theory) e os custos de transação. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, n. 151-152, p. 240-255, 2009.

cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua existência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes” (CDC, art. 51, § 2º).

> o que se pretende destacar é a dupla possibilidade conferida ao juiz: declarar a nulidade (afastando a cláusula) ou promover a revisão. Não há absoluta incompatibilidade entre os dois regimes. Ao contrário, o princípio da conservação do contrato exige esforço judicial de permanência do vínculo. É possível declarar a nulidade de determinada cláusula – afastando completamente seus efeitos – e, em seguida, integrar o contrato com base em usos e costumes, com exigências da boa-fé ou expressa disposição normativa sobre o assunto.[35]

Esse equilíbrio reconduzido ou obtido pode advir de duas situações distintas, a depender do tipo de alteração da origem do abuso: a) da modificação das cláusulas desproporcionais, se presente desde o nascedouro do contrato e b) da revisão, se originado de fatos supervenientes que tornem excessivamente onerosas as prestações assumidas.

6.1. Modificação de cláusulas desproporcionais

Ressalta Luiz Antonio Rizzatto Nunes que, “o inciso V garante a modificação, pelo princípio da conservação do contrato, o magistrado que reconhecer a nulidade deve fazer a integração das demais cláusulas e do sentido estabelecido no contrato, em função de seu objeto, no esforço de mantê-lo em vigor”.[36]

Importante, aqui, nessa espécie de *lesão consumerista*,[37] é perceber que a modificação das cláusulas depende exclusivamente da

---

[35] BESSA, Leonardo Roscoe *et al*. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 295.
[36] NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 569.
[37] LOPEZ, Teresa Ancona, op. cit., p. 31.

desproporcionalidade das prestações estabelecidas, fator permeado de tônus objetivo, ao contrário do que acontece no direito privado dos iguais.[38]

> ao consagrar como direito básico do consumidor a modificação das cláusulas que estabeleçam prestações desproporcionais, independentemente da demonstração de qualquer requisito de natureza subjetiva, o legislador teve por objetivo assegurar o equilíbrio econômico do contrato desde sua celebração, sem a necessidade de sua desconstituição ou invalidação, mas apenas pela correção das mesmas, destacando a finalidade de manutenção do contrato de consumo.[39]

Essa possibilidade de modificação, de modo direto e no exercício regular da jurisdição, num verdadeiro ato de intervenção estatal,[40] autoriza o juiz — na verdade um poder dever[41] — a alterar a economia do contrato antes de desconstituí-lo, "integrando o pacto, de tal modo que este venha a ser implementado, em novas bases, após o reequilíbrio das prestações e o expurgo das cláusulas abusivas",[42] no entanto, sempre à luz do resultado mais interessante para o consumidor, sujeito que quase sempre não participa da elaboração dos seus termos.

Ressalte-se que não há direito adquirido ao abuso e a suposta autonomia da vontade cede à justiça distributiva imposta pelo sistema constitucional, também e principalmente na defesa do consumidor.

---

[38] Cf., v.g., o estado de perigo (CC, art. 156) e a lesão (CC, art. 157).

[39] MIRAGEM, Bruno, op. cit., p. 126.

[40] ALMEIDA, João Batista de. A revisão dos contratos no Código do Consumidor. *In:* MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (org.). *Doutrinas essenciais: direito do consumidor:* contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 4, p. 340.

[41] STJ, AgRg. no REsp. 763.245/RS, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 15.09.2005.

[42] ALMEIDA, João Batista de, op. cit., p. 341.

6.2. Revisão superveniente × base do negócio

De fato, a ressaltar mais uma vez a importância da principiologia consumerista, lembra Luiz Antonio Rizzatto Nunes que a garantia de revisão das cláusulas contratuais encontra fundamento nos princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio e da vulnerabilidade do consumidor (CDC, art. 4º, I e III), que decorrem do princípio constitucional maior da isonomia (CF, art. 5º, *caput*).[43]

A Lei 8.078/90, da mesma forma, manteve a filosofia objetivada do seu sistema, apartando-se da tradicional teoria da imprevisão,[44] que ainda disciplina o trato dos negócios comuns (CC, art. 317). Preferiu, com isso, uma revisão pura[45] e unilateral[46] em prol do consumidor. Isto é: "mesmo sendo previsível o fato, a sua superveniência aliada à quase impraticabilidade da prestação, permite a revisão do contrato, para adequá-lo ao que foi avençado pelas partes".[47]

Comparando os dois regimes, anota Bruno Miragem que,

> a regra do artigo 6º, V, do CDC, em sua segunda parte, o direito subjetivo do consumidor à revisão do contrato decorre da circunstância de que fato superveniente tenha tornado excessivamente onerosas as prestações. Não faz referência, assim, ao requisito sobre a imprevisibilidade ou não do fato superveniente que tenha dado causa à desproporção. Nesse sentido, o CDC, coerente com a diretriz de impedir a transferência de riscos do negócio ao consumidor, assim como de promover uma maior objetivação do exame e avaliação do comportamento das partes do contrato de consumo, afasta a exigência (e com isso a necessidade de

---

[43] NUNES, Luiz Antonio Rizzatto, op. cit., p. 569.

[44] Lembra Bruno Miragem: "*Imprevisível* é qualidade do que não é possível, segundo regras ordinárias e de comportamento diligente e probo das partes, antecipar o conhecimento sobre sua ocorrência. Em matéria contratual, distingue-se do que seja previsível, porquanto este se caracteriza como inerente ao risco normal do adimplemento ou não do contrato" (MIRAGEM, op. cit., p. 127-128).

[45] NUNES, Luiz Antonio Rizzatto, op. cit., p. 569.

[46] MARQUES, Cláudia Lima *et al.*, op. cit., p. 58.

[47] ALMEIDA, João Batista de, op. cit., p. 344.

> comprovação) de que o fato que tenha dado causa à desproporção fosse imprevisível. O objetivo desta disposição é a proteção do consumidor não apenas com relação a fatos supervenientes que desestruturem o plano do contrato e a possibilidade de adimplemento, mas também uma vedação a que riscos inerentes ao negócio do fornecedor sejam repassados ao consumidor, quando a responsabilidade pelos mesmos seja daquele que desenvolve a atividade negocial.[48]

A revisão contratual, portanto, está intimamente ligada à mudança das circunstâncias primárias do ajuste e à impossibilidade de divisão de riscos no mercado, o que o Código não tolera sequer mediante cláusula expressa (CDC, art. 51, I, III e XV).

> A norma do art. 6º do CDC avança, em relação ao Código Civil (arts. 478-480 — Da resolução por onerosidade excessiva), ao não exigir que o fato superveniente seja imprevisível ou irresistível — apenas exige a quebra da base objetiva do negócio, a quebra de seu equilíbrio intrínseco, a destruição da relação de equivalência entre prestações, o desaparecimento do fim essencial do contrato. Em outras palavras, o elemento autorizador da ação modificadora do Judiciário é o resultado objetivo da engenharia contratual, que agora apresenta a mencionada onerosidade excessiva para o consumidor, resultado de simples fato superveniente, fato que não necessita ser extraordinário, irresistível, fato que podia ser previsto e não foi. O CDC, também, não exige, para promover a revisão, que haja "extrema vantagem para a outra" parte contratual, como faz o Código Civil (art. 478).[49]

[48] MIRAGEM, Bruno, op. cit., p. 128). Na mesma linha Rizzatto Nunes: "para que se faça a revisão do contrato, basta que após ter sido firmado surjam fatos que o tornem excessivamente oneroso. Não se pergunta, nem interessa saber, se na data de seu fechamento as partes podiam ou não prever os acontecimentos futuros. Basta ter havido alteração substancial capaz de tornar o contrato excessivo para o consumidor" (NUNES, op. cit., p. 569).

[49] MARQUES, Cláudia Lima Marques *et al.*, op. cit., p. 58.

Tem-se, nesta quadra, pelo sistema jurídico protetivo do consumidor, a adoção da teoria objetiva da base do negócio[50] com suas nuances, dirigida a manter o contrato válido e economicamente útil às partes,[51] pouco ou nada importando a subjetiva imprevisibilidade fática,[52] a depender apenas da verificação: a) se ocorreu superveniente situação anormal (não corriqueira); b) se a economia contratual foi afetada (tornando insuportável ou extremamente difícil/custoso o cumprimento); c) se a situação adversa não é imputável ao consumidor; d) se ocorreu a onerosidade excessiva,[53] quantitativa (valores) ou qualitativa (forma de adimplemento da prestação).

Isto significa que a comutatividade originária do ajuste não tolera a desconfiguração abrupta dos sacrifícios obrigacionais previstos e assumidos pelo sujeito vulnerável, independentemente de o preço convencionado manter-se no patamar da suportabilidade e da adimplência (subjetivo). Aqui o foco é o tipo da prestação (objetivo); logo, se em razão do ocorrido o consumidor assumir parcial ou totalmente a prestação do fornecedor,[54] o reequilíbrio pecuniário avulta incontornável, sem tônus de desconto facultativo, tornando-se irrelevante perquirir se houve ou não perda de capacidade financeira do aderente.

> Karl Larenz retomou a teoria da base do negócio, atribuindo à mesma um sentido objetivo, assim entendido como o conjunto de circunstâncias e estado geral das coisas, cuja existência ou subsistência é objetivamente necessária para que o contrato, segundo o significado das intenções de

---

[50] Com origem nos coronation cases do direito inglês, mas desenvolvida e aprimorada pela doutrina alemã (SILVA, Luís Renato Ferreira da. Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 127).

[51] Karl Larenz. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Tradução: Carlos Fernández Rodríguez. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956, p. 41.

[52] STJ, REsp. 376.877/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 06.05.2002.

[53] ALMEIDA, João Batista de, op. cit., p. 344.

[54] Como um pai, surpreendido pela pandemia, a se ver obrigado a cuidar pessoalmente da alfabetização do seu filho criança, como se professor fosse, a partir do ensino fundamental à distância disponibilizado por escola particular, não utilizada em toda a sua estrutura humana e física (componentes legítimos do preço inicial), por isso titular do dever ético e jurídico de readequar o valor das mensalidades durante o período de exceção.

> ambos os contratantes, possa subsistir como regulamentação dotada de sentido. Segundo esta teoria, haverá a quebra da base objetiva do negócio, possibilitando-se o pedido de revisão ou resolução judicial, quando, em razão de fato superveniente à sua celebração, ocorrer a frustração da finalidade essencial do contrato ou a destruição da sua relação de equivalência econômica.[55]

A base objetiva se liga ao desaparecimento do fim essencial do contrato ou à destruição da relação de equivalência,[56] desprendidos da *álea normal* do ajuste,[57] elementos cuja análise dependerá, quase sempre, da boa-fé objetiva, que gradua o vínculo obrigacional em todos os seus tempos,[58] em especial quando da concreta avaliação do nível de desequilíbrio gerado pelo fato superveniente sobre as prestações e da suportabilidade desse dano pelas partes.[59]

O grande mérito da teoria objetiva da base do negócio está, como destaca Luís Renato Ferreira da Silva, na identificação de

> que mesmo fatos previsíveis podem vir a provocar uma "tensão" entre o querer subjetivo e as circunstâncias concretas. Ignorar que tais fatos merecem um enfoque legal por tudo o que podem provocar no pacto é ignorar o fato de que os contratos desempenham uma função tanto entre as partes (a de manter a justiça comutativa que inspira qualquer contratação) como no meio jurídico (como fator de utilidade nas relações econômicas).[60]

---

[55] DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Onerosidade excessiva e revisão contratual no direito privado brasileiro. *In:* Fernandes, Wanderlei (coord.). *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 332. Série GVlaw.

[56] TJSP, AC 0012518-25.2006.8.26.0224, rel. Ênio Santarelli Zuliani, j. 09.06.2011.

[57] Para Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias: "esta condição negativa vem prevista de forma indireta no art. 51, § 1°, III, do CDC" (DIAS, op. cit., p. 366).

[58] CRUZ, Guilherme Ferreira da. *Teoria geral das relações de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 157.

[59] SILVA, Luís Renato Ferreira da, op. cit., p. 136, 144.

[60] Idem, p. 143.

7. A excepcional divisão de riscos imposta pela pandemia da Covid-19

Embora imprevisível, até para os mais pessimistas e apocalípticos, desprendida de qualquer álea esperada, numa pandemia da magnitude como essa que arrebatou o mundo, a tomar de inopino incontáveis vínculos obrigacionais no âmbito das relações consumeristas brasileiras, esse elemento subjetivo — como visto — exsurge irrelevante.

Importa que esse fenômeno natural, até onde se sabe, projetou consequências objetivas sensíveis sobre o nosso mercado de consumo, a interferir diretamente não só nos contratos de execução continuada ou diferida, mas também na própria equação entre a oferta e a procura, de certos produtos e serviços, desestabilizando as tratativas tendentes à formação de novos pactos durante essa fase que ainda se desenvolve.

Fica claro, portanto, que as circunstâncias específicas de cada enfrentamento conduzirão o intérprete pelos caminhos tanto da *modificação* quanto da revisão, aqui em número proporcionalmente maior por conta dos contratos surpreendidos, de uma forma ou de outra, pelas regras impositivas de combate à doença, lídimo *factum principis* autorizado pela Carta da República (art. 173, § 4º).

A premissa fundamental nesse processo deve ser, mais uma vez, o equilíbrio.

Isto porque o equilíbrio é a pedra angular das relações de consumo, a harmonizar os interesses envolvidos no intuito de impedir o confronto ou o acirramento de ânimos. Esse princípio, na busca do direito justo, limita os da obrigatoriedade e da autonomia da vontade.

Eis a gênese para se compreender o motivo que permite, em situações excepcionais, a divisão daquele risco antes intransferível ao consumidor; afinal, até para a responsabilidade civil objetiva se reputa imprescindível que o risco seja calculado, o que incorre em situações extremas como a da pandemia da Covid-19, imunes até mesmo à precaução[61] do mais diligente fornecedor.

---

[61] LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 90-170.

Flexibiliza-se, neste passo, a ideia de que "a alocação dos riscos ao *superior risk bearer* é mais eficiente do ponto de vista econômico, pois se trata da parte que consegue evitar e mitigar o risco com o menor custo ou despesa",[62] mas sem olvidar-se por completo da impositiva lógica que formata a doutrina dos danos evitáveis (*duty to mitigate the loss*), a exigir um esforço intenso e efetivo do fornecedor, porém razoável, para abrandar os prejuízos do consumidor.

> O *superior risk bearer* é o sujeito que está em melhor posição para realizar as seguintes medidas: minimizar a probabilidade de contingência adversa, minimizar a extensão do prejuízo para a contraparte resultante da inexecução, tanto antes da sua ocorrência (precaução) quanto após (mitigação), ou assegurar-se (por si ou por meio de terceiros) contra o risco residual de prejuízo, que não pode ser evitado de maneira viável (Posner e Rosenfield, 1977). A capacidade relativa de cada parte de suportar ou de assegurar-se contra o risco residual é significativamente mais difícil de determinar do que a vantagem comparativa de tomar precauções contra o risco.[63]

Medida ponderada e de proteção do mercado, no qual os consumidores são a esmagadora maioria (lembre-se), não sendo correto, do ponto de vista do sistema de admissão de risco, em face da impossibilidade da sua previsão e natural internalização como custo da atividade negocial, repassada ao mercado por intermédio da fixação dos preços, impor somente aos fornecedores os danos imponderáveis quanto à sua ocorrência e extensão.[64]

Cumpre que se anote que o aparato de distribuição de justiça brasileiro já se debruçou, no passado, sobre hipótese análoga, ainda que de menor extensão. A despeito da lucidez do raciocínio cartesiano,

---

[62] TJSP, AC 0202965-46.2009.8.26.0100, rel. Andrade Marques, j. 31.01.2013.

[63] TRIANTIS, George G. *Unforeseen contingencies*: risk allocation in contracts. Cheltenham: Edward Elgar, 2020, p. 108. Disponível em: https://bit.ly/30dWWGv. Acesso em: 7 jun. 2020 (tradução livre).

[64] MIRAGEM, Bruno, op. cit., p. 290.

embora de início tenha se decidido ser ilegal a transferência do risco da atividade financeira no mercado de capitais, próprio às instituições de crédito, ao consumidor violado no seu direito de informação,[65] em conhecida hipótese fática que assolou nosso País no início do ano de 1999, o STJ firmou-se no sentido da repartição dos riscos:

> CIVIL. ARRENDAMENTO MERCANTIL. CONTRATO COM CLÁUSULA DE REAJUSTE PELA VARIAÇÃO CAMBIAL. VALIDADE. ELEVAÇÃO ACENTUADA DA COTAÇÃO DA MOEDA NORTE-AMERICANA. FATO NOVO. ONEROSIDADE EXCESSIVA AO CONSUMIDOR. REPARTIÇÃO DOS ÔNUS. LEI N. 8.880/94, ART. 6º. CDC, ART. 6º, V.
>
> I. Não é nula cláusula de contrato de arrendamento mercantil que prevê reajuste das prestações com base na variação da cotação de moeda estrangeira, eis que expressamente autorizada em norma legal específica (art. 6º da Lei n. 8.880/94).
>
> II. Admissível, contudo, a incidência da Lei n. 8.078/90, nos termos do art. 6º, V, quando verificada, em razão de fato superveniente ao pacto celebrado, consubstanciado, no caso, por aumento repentino e substancialmente elevado do dólar, situação de onerosidade excessiva para o consumidor que tomou o financiamento.
>
> III. Índice de reajuste repartido, a partir de 19.01.99 inclusive, eqüitativamente, pela metade, entre as partes contratantes, mantida a higidez legal da cláusula, decotado, tão somente, o excesso que tornava insuportável ao devedor o adimplemento da obrigação, evitando-se, de outro lado, a total transferência dos ônus ao credor, igualmente prejudicado pelo fato econômico ocorrido e também alheio à sua vontade.
>
> IV. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.[66]

---

[65] STJ, REsp. 370.598/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26.02.2002.

[66] (STJ, REsp. 472.594/SP, rel. p/Acórdão Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 12.02.2003).

Cristalizou-se, a partir daí, a baliza de que "o art. 6º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor incide, apenas, para retirar a onerosidade decorrente de fato superveniente que afeta a capacidade do consumidor adimplir o contrato",[67] o que permitiu que fossem as prestações do contrato de leasing reajustadas pela metade da variação cambial à época verificada.

Tudo leva a crer que, também na excepcionalidade de hoje, venha o fornecedor a ser considerado igualmente vítima dessa drástica ruptura da congruência primária de vontades, a impor a repartição dos riscos no intuito, inclusive, de evitar e/ou diminuir o efeito multiplicador da exceção de ruína, que a nenhum consumidor interessa.

Filosofia, ademais, a modular a Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020, voltada a estabelecer e a disciplinar o *Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do Coronavírus (Covid-19),* que retroage sua incidência a eventos ocorridos desde 20 de março de 2020 (art. 1º, par. ún.).

Os vetos aos arts. 6º e 7º, únicos que compunham o seu Capítulo IV (*Da Resilição, Resolução e Revisão dos Contratos*), se mantidos, não mudam nada no arquétipo até aqui desenhado, sendo elogiável o que incidiu sobre o § 2º do art. 7º, pois, no sistema brasileiro, a empresa e o empresário individual podem ser consumidores, próprio ou equiparado (CDC, arts. 2º, *caput*, c.c. 29).

8. Conclusão

A inesperada e avassaladora pandemia mundial erigiu a Covid-19 a excepcional causa autorizante da repartição dos riscos que graduam as relações de consumo, originalmente intransferíveis ao sujeito vulnerável, o que decorre da impossibilidade de se ter incluído esse evento extremo no cálculo da equação econômica natural do contrato, mesmo diante da mais diligente precaução exercida; logo, exagerado se mostra impor apenas aos fornecedores as suas consequências imponderáveis.

---

[67] STJ, AgRg no REsp. 453.662/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 13.05.2003.

Exige-se do provedor do mercado, todavia e de modo razoável, a obstar a multiplicação de indesejadas exceções de ruína, a efetiva observância da doutrina dos danos evitáveis (*duty to mitigate the loss*) no intuito de abrandar a onerosidade excessiva que tenha se projetado sobre o consumidor, quantitativa (valores) ou qualitativa (forma de adimplemento da prestação). E o vetor desse impositivo reequilíbrio é o art. 6º, V, do CDC, seja afastando o abuso que impregnou o contrato nascido nesse período (*modificação*), seja a propiciar o retorno do ajuste à sua base objetiva originária (revisão).

Trata-se de autorizada intervenção estatal na economia da equivalência primária, dirigida a bem concretizar o princípio da justa conservação dos negócios jurídicos, o que a todos se aproveita, no exclusivo interesse do consumidor de ver recomposta a sua capacidade de adimplir e/ou resgatada a comutatividade dos sacrifícios obrigacionais previstos e por ele assumidos.

Referências

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALMEIDA, João Batista de. A revisão dos contratos no Código do Consumidor. *In:* MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (org.). *Doutrinas essenciais:* direito do consumidor: contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4.

ALVIM NETO, José Manoel Arruda *et al*. *Código do consumidor comentado.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

AMARAL, Luiz. O código, a política e o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor,* São Paulo, v. 6, 1993.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e *et al*. *Código brasileiro de defesa do consumidor:* comentado pelos autores do anteprojeto. 4. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1996.

BESSA, Leonardo Roscoe *et al*. *Manual de direito do consumidor.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. *Comentários ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor.* Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1991.

CRUZ, Guilherme Ferreira da. *Princípios constitucionais das relações de consumo e dano moral:* outra concepção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CRUZ, Guilherme Ferreira da. *Teoria geral das relações de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2014.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Onerosidade excessiva e revisão contratual no direito privado brasileiro. *In:* FERNANDES, Wanderlei (coord.). *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2009. (Série GVlaw).

FILOMENO, José Geraldo Brito *et al*. *Código brasileiro de defesa do consumidor:* comentado pelos autores do anteprojeto. 4. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1996.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2000.

GARBI, Carlos Alberto. *A intervenção judicial no contrato em face do princípio da integridade da prestação e da cláusula geral da boa-fé:* uma nova visão do adimplemento contratual. São Paulo: EPM, 2014.

GRAU, Eros Roberto. Interpretando o Código de Defesa do Consumidor; algumas notas. *Revista de Direito do Consumidor,* São Paulo, v. 5, 1993.

LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Tradução: Carlos Fernández Rodríguez. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956.

LISBOA, Roberto Senise. R*esponsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios contratuais. *In:* FERNANDES, Wanderley (coord.). *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2009. (Série GV/law).

LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

LUCCA, Newton de. A proteção contratual no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor,* São Paulo, v. 5, 1993.

MARINS DE SOUZA, James J. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto:* os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARQUES, Claudia Lima *et al*. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, Claudia Lima *et al*. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MIRAGEM, Bruno. *Direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MORATO, Antonio Carlos. *Pessoa jurídica consumidora*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NERY JÚNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor,* São Paulo, v. 3, 1992.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUSDEO, Fábio *et al*. *Comentários ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

PASQUALOTTO, Adalberto. *Conceitos fundamentais do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. A teoria do inadimplemento eficiente (Efficient Breach Theory) e os custos de transação. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro,* São Paulo, n. 151-152, 2009.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

SILVA, Luís Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos:* do Código Civil ao Código do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

TRIANTIS, George G. *Unforeseen contingencies:* risk allocation in contracts. Cheltenham: Edward Elgar, 2020. Disponível em: https://bit.ly/30dWWGv. Acesso em: 24 set. 2020.

Apontamentos sobre o atendimento privado à saúde e a pandemia

Fernando Campos Scaff[1]
Advogado e professor

Sumário: 1. A prestação de serviços à saúde e a sua evolução; 2. As contratações de massa no direito à saúde; 3. O contrato de *seguro-saúde*; 4. O contrato de *plano de saúde*; 5. Da interpretação dos contratos e as novas e imprevisíveis situações; Referências.

1. A prestação de serviços à saúde e a sua evolução

Nas suas origens, o ato médico, no âmbito das relações privadas, realizava-se usualmente mediante a celebração de um contrato de prestação de serviços, ajustado entre o agente responsável pelo atendimento das necessidades e providências relativas à saúde, de um lado, e o paciente ou alguém no seu interesse, de outro.

Nesse modelo, a relação contratual se forma a partir do contato direto e pessoal entre as partes, que têm de um lado o profissional liberal responsável pela realização de um exame, de consulta clínica ou de uma intervenção cirúrgica, e de outro o paciente ou alguém que represente ou que seja por ele responsável, momento no qual são acertados o preço, o conteúdo da atividade médica, o prazo e as outras condições dessa típica prestação de serviços.

Ocorre que, com o passar do tempo, esse tipo de negócio jurídico passou a concorrer com outras modalidades, quais sejam, aquelas em que o atendimento à saúde se estabelece a partir da

---

[1] Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Largo São Francisco.

organização provinda de uma operadora de planos de saúde ou de uma seguradora.

Nestes casos, mediante o pagamento de uma mensalidade, também são disponibilizados ao interessado serviços de consultas médicas, internações em hospitais e a realização de exames laboratoriais, seja mediante a direta utilização de uma rede credenciada, ou então pelo reembolso dos custos gerados de acordo com uma tabela previamente dada ao conhecimento do consumidor.

O objetivo deste artigo é, pois, analisar como podem ser interpretados e, afinal, eventualmente revisados contratos que tratam de questões do direito à saúde no âmbito privado, em momentos especiais tais como aqueles que hoje a humanidade enfrenta por causa da pandemia da Covid-19, sob o fundamento tanto da impossibilidade de pagamento das mensalidades originalmente devidas pelo consumidor como por restrições que suspendam, temporariamente, a consecução dos serviços previstos nesses contratos, a cargo das operadoras.

Aqui, portanto, não analisaremos os atos realizados em virtude da imposição do dever do profissional da medicina de atender, emergencialmente, aquele que necessite de seus préstimos e de seus conhecimentos técnicos, ou seja, quando tal atendimento poderá até prescindir do prévio acordo de vontades das partes daquela relação. Nessas situações ocorrerá o surgimento de meros *atos jurídicos*, praticados pelo agente de modo consciente e voluntário, mas decorrentes de uma obrigação própria e peculiar a essa atividade.[2]

---

[2] Com efeito, o anterior Código Civil brasileiro inseria a regra que determinava (art. 1.545) que os "médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento" no capítulo que tratava "Da liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos", inserida portanto, e no modelo daquele diploma legal, na chamada *responsabilidade extracontratual,* o que foi alterado no atual Código Civil brasileiro, que situou disposição semelhante (art. 951) no capítulo denominado genericamente "Da indenização", em que não é feita a distinção entre as responsabilidades de origem contratual e extracontratual, acompanhando as tendências unificadoras mais atuais. Nesse mesmo sentido, o Código de Ética Médica vigente no Brasil (Resolução CFM 1246/88) determina, no capítulo "Responsabilidade profissional", que é ao médico vedado: "Art. 35. Deixar de atender em setores de urgência e emergência, quando for de sua obrigação fazê-lo, colocando em risco a vida de pacientes, mesmo respaldado por decisão majoritária da categoria"; "Art. 36. Afastar-se de suas atividades profissionais, mesmo temporariamente, sem deixar outro médico encarregado do atendimento de seus pacientes em estado grave"; e

Portanto, quanto aos contratos de adesão oferecidos por operadoras de planos de saúde e mesmo por seguradoras, considerando os cuidados à saúde que compõem o seu conteúdo, as suas características serão aquelas de negócio jurídico bilateral ou plurilateral, predominantemente comutativo, consensual,[3] oneroso, de duração e execução continuada.

Além disso — e essa é uma peculiaridade dessas espécies —, são contratos que se formam a partir do que se denomina uma base *mutualística*. Isso significa dizer que os valores atribuídos às mensalidades advêm da realização de cálculos atuariais, ou seja, de uma equação pela qual, com base nos custos dos serviços prestados ao conjunto dos consumidores, dos exames feitos e das internações ocorridas, dentre outros eventos, são estabelecidas as contraprestações cobradas, sujeitas à aplicação de índices de atualização monetária específicos para tal modalidade de atendimento à saúde.

O interesse que motivou a criação de tais contratos é evidente. Deriva das exigências de disponibilização de serviços de saúde a um sempre crescente número de pessoas, o que justificou a conformação dos atendimentos no interior de *standards* contratuais formulados para geração de resultados técnicos e econômicos mais eficientes, capazes de atender não só a questão do *tratamento* das moléstias, como também, com igual atenção, os problemas vinculados à prevenção de doenças, o que se deveria fazer de um modo que se mostrasse mais acessível e atraente aos consumidores.

Deu-se no *direito à saúde*, portanto, uma evolução semelhante àquela observada em outras disciplinas jurídicas sensíveis à dinâmica das relações de consumo e compatíveis com a implantação e desenvolvimento do regime de contratação em massa.

"Art. 37. Deixar de comparecer a plantão em horário preestabelecido ou abandoná-lo sem a presença de substituto, salvo por motivo de força maior", o que representa exemplos de proibições à omissão de atendimento médico a quem dele necessita, referida em situações que, pela gravidade ou risco à saúde, deva tal atendimento ser necessariamente prestado, independentemente da prévia celebração de contrato entre as partes.

[3] Como destaca ainda Ricardo Luis Lorenzetti, "o consentimento é um elemento essencial para a existência do contrato. Até tempos muito recentes, esse dado foi quase inexistente no contrato médico, porém agora a autonomia deste último fez com que o consentimento ocupe um lugar central na relação médico-paciente" (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Responsabilidad Civil de Los Médicos*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1997, p. 312).

2. As contratações de massa no *direito à saúde*

Tornando-se claro que as demandas por um atendimento médico disponível e eficiente eram firmes e crescentes, surgiram e se desenvolveram as empresas privadas que, mediante a oferta ao público e a realização de contratos por adesão, prestam assistência à saúde em limites previamente estabelecidos, estipulados unilateralmente, mas sob a regulação da lei.[4]

Esses modelos de atendimento médico e hospitalar de massa parecem ter sido inicialmente criados nos Estados Unidos da América,[5] expandindo-se posteriormente para várias outras nações que nunca

---

[4] A legislação brasileira atual, relativamente a essa assistência médica (Lei 9.656, de 03.06.1998), define em seu art. 1.º, I, como sendo o *plano privado de assistência à saúde* a "prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós-estabelecido, por prazo indeterminado, com finalidade de garantir, sem limite financeiro, assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso e pagamento direto ao prestador". Já as empresas atuantes nesse ramo de atividade são conceituadas no inc. II do mesmo art. 1.º da referida lei, como *operadoras de plano de assistência à saúde,* compreendidas como "pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inc. I deste artigo".

[5] Cf. MORAES, Irany Novah, *Erro médico e a lei*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 100 e ss., esclarecendo que "*Kimball,* em 1929, verificava que, nos Estados Unidos, os hospitais não estavam ao alcance dos bolsos dos professores das escolas onde seus filhos estudavam e que, nas ocasiões em que eles adoeciam, usavam seu hospital e não tinham condições de pagar. Foi então que idealizou um sistema de pré-pagamento das despesas eventuais com doença. Diferia esse processo do seguro comum pois, em lugar de oferecer indenização em moeda para ressarcir dos prejuízos decorrentes da enfermidade, oferecia cuidados para a cura da enfermidade. Assim, se criou a *Blue Cross* americana, em 20.12.1929. O êxito do plano foi tão grande que comerciantes também começaram a ser inscrever na *Blue Cross* sob cuja égide se formou a *Associação dos Hospitais Grupados*. Durante a crise de 1930, os benefícios prestados pelo plano à coletividade foram imensos e, em 1933, a Associação Americana de Hospitais adotou o sistema. Dez anos mais tarde, isto é, em 1939, outra iniciativa do mesmo gênero teve lugar nos Estados Unidos: a *Blue Shield*, organização criada pela Associação *Médica da Califórnia,* que, oferecendo serviços médico-cirúrgicos, completava a assistência total, pois a primeira só dava assistência hospitalar. Posteriormente, *Blue Cross* e *Blue Shield* se aproximaram e hoje têm direção comum. Em 1962, cerca de três quartos da população americana estava filiada às organizações, ou similares, com indiscutíveis vantagens para a economia individual. Não só nos Estados Unidos tal sistema teve êxito. Na Inglaterra, em 1944, teve início a resolução desse problema como iniciativa estatal. Todos os serviços médicos da Grã-Bretanha foram nacionalizados em 1946. Em 1949-1950, *Churchill* criou o *National Health Service,* no qual foram empregados 800 milhões de libras esterlinas e em que 95% da população se inscreveu. Em 1950, tinham passado para o seguro 3.426 hospitais, só restando livres 147".

atribuíram ou que já haviam retirado do Estado o monopólio da atuação direta na assistência à saúde.[6]

Com o objetivo de concretizar esse atendimento médico privado a partir de uma oferta ao público, destacam-se duas espécies de empresas: as empresas de planos de saúde e as seguradoras. Além delas, existem as cooperativas e as empresas de autogestão.

3. O contrato de *seguro-saúde*

O seguro tem definição legal no ordenamento jurídico brasileiro, constituindo-se, portanto, num contrato típico.[7] Por meio dele, atribuem-se as "consequências derivadas da ocorrência de um risco, através do qual a parte, o segurado, transfere a probabilidade de perda financeira para outra parte, denominada *companhia de seguro*",[8] o que se realiza mediante o pagamento de um valor pelo segurado à empresa responsável pelo ressarcimento do dano.

A *boa-fé* exerce papel destacado e fundamental na celebração do contrato de seguro. De acordo com François Couilbault, Constant Eliashberg e Michel Latrasse, isso "significa que a seguradora se remete inteiramente à lealdade do segurado: ela se refere a essas declarações sem estar obrigada, de maneira geral, a verificar todos os elementos declarados".[9]

---

[6] No Brasil, teriam surgido tais empresas nos anos 60, como exigência da classe trabalhadora situada na região metropolitana da cidade de São Paulo, em decorrência do desenvolvimento industrial, como consta do *informe de imprensa* de agosto de 2005, da *Associação Brasileira de Medicina de Grupo* (Abramge).

[7] Regulamentados nos arts. 757 e ss. do CC brasileiro.

[8] Cf. MARTINS, João Marcos Brito. *Direito de seguro:* responsabilidade civil das seguradoras. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 11. Como definem François Couilbault, Constant Eliashberg e Michel Latrasse (*Les grands principes de l'assurance*. *Antony: L'Argus de l'Assurance*, 2017, p. 81), "o contrato de seguro é um acordo realizado entre um segurador e um assegurado para a garantia de um risco: o segurador aceita cobrir o risco, o segurado se compromete a pagar o prêmio ou a cotização convencionada. O contrato de seguro é o laço jurídico que obriga a seguradora a garantir o risco, o segurado a pagar o prêmio".

[9] COUILBAULT, François; ELIASHBERG, Constant; LATRASSE, Michel, op. cit., p. 82. Também de acordo com João Marcos Brito Martins (op. cit., p. 34), "a doutrina pátria classifica o contrato de seguro como bilateral, aleatório, oneroso, consensual, nominado, de boa-fé e de adesão". O Código Civil brasileiro, de fato, determina em seu art. 765 que "o segurado e o segurador são obrigados a guardar, na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes".

Os riscos eventuais devem estar especificamente previstos no contrato, sendo então atribuídas determinadas obrigações e responsabilidades à seguradora, no sentido de que sejam por ela ressarcidos os custos de tratamento médico que se tinha, quando da celebração da avença, apenas como uma mera possibilidade.[10]

Já os elementos básicos do contrato de seguro são o segurador, o segurado, o beneficiário, o risco, o sinistro, o prêmio, a apólice e a importância segurada. Justamente no tocante ao *risco* — que, uma vez verificado, é denominado *sinistro* — é que surgem as maiores questões quando nos dispomos a analisar a estrutura do chamado *seguro-saúde*.

De fato, uma das características usualmente atribuídas ao contrato de seguro genericamente considerado é a sua suposta *aleatoriedade*, o que significa, em suma, que o pagamento do prêmio pelo segurado não corresponde, necessariamente, à realização de uma contraprestação pelo segurador, vinculada ao ressarcimento ajustado, uma vez não há certeza de que risco previsto venha a se concretizar durante o prazo de vigência do contrato.[11]

Acontece que, especificamente no contrato de *seguro-saúde*, não se exige a presença dessa aleatoriedade, sendo mesmo mais comum

---

[10] Como esclarece ainda João Marcos Brito Martins (op. cit., p. 11), “ao transferir as consequências financeiras das perdas para a companhia de seguros, os segurados trocam a possibilidade de uma grande perda incerta por um pequeno pagamento certo (prêmio) suportável em seu orçamento. Tal transferência é formalizada através de uma apólice de seguros, documento que materializa o contrato de seguro, explicitando os direitos e deveres da companhia de seguro e do segurado. Ao dividir o custo da perda por todos os segurados, o segurador está utilizando o princípio do mutualismo, consubstanciado num fundo comum, constituído pelas contribuições de todo o grupo que suporta as perdas de cada um dos componentes. Tais perdas são previstas pelas seguradoras, quando estimam a amplitude necessária e o tamanho do fundo para suportá-los. A lei dos grandes números é um princípio matemático que representa a base de cálculo das operações de seguro; através delas são estabelecidas as previsões com determinada margem de segurança. De acordo com este princípio, quando aumenta o número de unidades independentes e similares expostas aos riscos, tende a ampliar-se igualmente a relativa exatidão das previsões acerca de resultados futuros, baseados nestas unidades de exposição”.

[11] É essa a posição comumente admitida pela doutrina. Para Ricardo Bechara Santos (*Direito de seguro no cotidiano*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 41), por exemplo, “apesar de algumas discussões acerca da natureza jurídica do contrato de seguro, há consenso de ser ele bilateral, oneroso, aleatório. É bilateral posto serem recíprocas as suas prestações; é oneroso uma vez que nenhuma das duas partes celebram o contrato com o intuito de fazer liberalidades; é aleatório, porque nenhuma das partes pode antever quem obterá, ao final, vantagem ou prejuízo”.

que ceda ela lugar a uma efetiva *comutatividade* entre as prestações e contraprestações atribuídas a cada uma das partes.

Com efeito, o que se constata no caso do contrato de *seguro-saúde* é que, ao contrário do que se observa em outras espécies desse gênero, não são as questões vinculadas à saúde, em regra, verdadeiramente imprevisíveis.

Pelo contrário, aspectos específicos relacionado à natureza genética, funcional ou mesmo causados por eventuais acidentes ou traumas podem determinar uma maior probabilidade ou mesmo a inevitabilidade do surgimento de moléstias que afligirão certos indivíduos em vez de outros.

É evidente, ademais, que outras doenças estão vinculadas a questões degenerativas, próprias do curso da vida humana e que surgem como consequências do próprio envelhecimento. Sendo assim, moléstias que no passado não se viam com tanta frequência tornaram-se mais comuns, justamente pelo aumento da idade média das populações e da maior expectativa de vida.

Desse modo, o chamado *índice de sinistralidade* mantém uma proporção direta com a localização nas diversas faixas etárias em que se situam os indivíduos segurados e, sob essa perspectiva, nada terá de “aleatória” a concretização do evento futuro tido como sendo o *risco* previsto no contrato — qual seja, o aparecimento da doença —, revelando-se esperado, na verdade, que tal risco ocorra em um dado grupo de pessoas de determinada idade, as quais provavelmente sofrerão os efeitos de problemas específicos que são próprios da maturidade e não da época da juventude.

Além disso, no tocante à chamada *medicina preventiva*, a realização de determinados exames e procedimentos deverá ocorrer mesmo na falta de qualquer sintoma indicativo da existência de eventuais patologias, exatamente para que se possa, de modo antecipado, dar início aos cuidados e às providências adequadas para, justamente, evitar o surgimento de uma moléstia ou mesmo para minorar os seus efeitos mais graves.

Por fim, o próprio modo de vida adotado por um indivíduo — sendo ele, por exemplo, esportista, carvoeiro ou digitador — poderá torná-lo mais propenso a sofrer determinadas patologias, que serão resultados próprios da sua atividade profissional, das suas práticas esportivas ou dos seus gostos pela bebida ou pelo fumo. Sendo assim, essa suposta *aleatoriedade,* entendida como elemento dessa modalidade de contrato, perde muito de seu conteúdo, uma vez que várias

doenças guardam, portanto, uma relação direta com determinados fatores cujo surgimento e controle situam-se estritamente nos limites da disposição pessoal.

Ora, os custos daí derivados — que deverão ser arcados pela seguradora — não constituem, necessariamente e na mais pura acepção das palavras, verdadeiros riscos ou *sinistros*, mas sim decorrem de eventos que certa ou provavelmente ocorrerão, o que retira, efetivamente, a suposta *álea* do cerne de caracterização desse tipo de contrato.

Ou seja, neste ponto em particular, o chamado *seguro-saúde* não se conforma aos parâmetros clássicos do contrato de seguro, considerada a sua finalidade específica de ressarcir os custos derivados de tratamentos médicos realizados pelo segurado, sejam eles decorrentes de fatos imprevisíveis ou previsíveis, indistintamente.[12]

O *seguro-saúde* visa especificamente, e como já mencionado, o ressarcimento das despesas ocorridas com o tratamento médico, relativas, pois, ao pagamento de honorários profissionais, de despesas de internação hospitalar, de exames laboratoriais e clínicos, enfim, de todos aqueles custos advindos dos cuidados à saúde, de acordo com o conteúdo ajustado entre as partes.

O surgimento e o desenvolvimento dessa modalidade de contrato, ajustado por relações de direito privado, derivam da constatação, sobretudo, da incapacidade ou ineficiência em manter um sistema de atendimento à saúde que seja efetivamente público e universal, abrangente e eficiente o bastante para tornar desnecessária a atuação de empresas particulares nesse setor da vida social e econômica, de modo complementar ou mesmo preferencial à atividade direta do Estado.

Não contando o Poder Público com as condições necessárias para adotar ou para manter o monopólio das intervenções destinadas à preservação ou à recuperação da saúde, a solução realista foi a de admitir como legítima e mesmo necessária a participação de empresas privadas nesse ramo de atividade econômica, empresas essas que se dispõem a realizar as prestações próprias ao *direito à saúde* com objetivo de

[12] Para Yvonne Lambert-Faivre (op. cit., p. 842) essa modalidade de seguro "tem uma dupla natureza: seguro condicionado (*forfataire*) no que concerne às prestações de somas prévias ao contrato, e seguro de indenização especialmente no que concerne ao reembolso das despesas de saúde".

lucro ou, pelo menos, a partir de contornos que atentem para certa economicidade entre meios e resultados, situação que foi paulatinamente admitida na quase totalidade dos ordenamentos jurídicos contemporâneos.[13]

A justificativa racional da contratação de seguros ou de planos de saúde funda-se também no que já nos referimos como sendo o seu caráter *mutualístico*, ou seja, aquele que pressupõe a dispersão dos custos dos eventos ocasionais de tratamentos médicos para um grupo considerável de pessoas, tal como ocorre em planos de previdência pública ou privada, nos pecúlios etc.

De fato, uma das condições entendidas como fundamentais para a efetiva realização dos propósitos securitários é que as empresas que assumem a responsabilidade pelo ressarcimento dos danos disponham, concretamente, de capacidade financeira para a assunção eficaz das

---

[13] Nesse sentido, referindo-se à realidade francesa, Yvonne Lambert-Faivre (op. cit., p. 834) esclarece, quanto ao dito *seguro complementar de doença*, que "os problemas financeiros e os desequilíbrios às vezes estruturais (demográficos) e conjunturais (situação econômica, desemprego) que afetam de maneira estrutural a Seguridade Social mantêm na ordem do dia o estudo de modalidades complementares de previdência, notadamente para a doença e invalidez. A Seguridade Social francesa passava recentemente como uma das melhores do mundo; ela tornou-se uma das de menor sucesso com um déficit mal administrado, uma 'dívida social' a ser ressarcida por um longo tempo e uma deficiente taxa de cobertura. O custo das despesas de saúde aumenta mais rápido que o PIB, com o desenvolvimento de técnicas médicas custosas, a demanda aumentada de bem-estar e o envelhecimento da população. O equilíbrio financeiro dos regimes de Seguridade Social é de agora em diante mantido por uma alta das contribuições que atingiu um para-choque psicológico e econômico, e uma baixa das prestações de base, ou se traduz pelo aumento da parte dos interesses de saúde não coletivizada, mas levada em conta pelo orçamento das famílias. Ademais, o seguro complementar de doença, ainda que pouco desenvolvido na França, é suscetível de ter um aumento rápido". Deve ser destacado que o nosso STJ já teve a oportunidade de se manifestar sobre essa questão, o que fez no sentido do reconhecimento da necessidade de manutenção do equilíbrio financeiro dos contratos de planos de saúde, de acordo com os termos da seguinte ementa: "constitui dever do Estado proporcionar amplo e eficaz atendimento à população na área da saúde, nos termos e na forma estabelecida na legislação em vigor, custeada por intermédio de impostos e contribuições fiscais. De outra parte, a seguridade privada, proporcionada mediante participação voluntária em planos de saúde oferecidos pela rede particular, há que se conformar às regras do contrato, porquanto tais serviços são resultado de uma contraprestação financeira necessária ao equilíbrio econômico da avença, viabilizadora da própria higidez e continuidade da assistência em comento. Destarte, salvo as hipóteses expressamente vedadas em lei ou regulamentos baixados para o setor, à época da contratação inexistentes a respeito, válidas são as limitações impostas nos contratos aos limites de internação, se a opção espontânea do contratante se fez por plano de menor custeio, em comparação com outros, da mesma ou de outras entidades, mais abrangentes. Recurso especial conhecido pela divergência e provido" (4ª T., REsp 242.550/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, rel. p/ o acórdão Min. Aldir Passarinho Junior, j. 02.03.2000, DJ 18.02.2002, p. 449).

responsabilidades que lhes são atribuídas.[14] A aferição e a fiscalização dessa capacidade cabem, em princípio, ao Estado e devem ser realizadas com crescente cuidado, pois se trata de ramo de atividade que vem sofrendo, de maneira generalizada, uma crise já duradoura.[15]

4. O contrato de *plano de saúde*

Ao lado da figura dos seguros-saúde, coloca-se outra forma de contratação que visa à consecução de objetivos semelhantes, que é aquela dos assim denominados *planos de saúde*.

Com a celebração dessa modalidade de contratos, o consumidor, mediante o pagamento antecipado e periódico de um determinado preço, obtém de uma empresa a contraprestação consistente na realização

---

[14] A questão de capacidade patrimonial e solvência das seguradoras é, de fato, essencial. Paoloefisio Corrias (op. cit., p. 103 e ss.), sobre esse tema, esclarece que, "para exprimir uma opinião meditada sobre a natureza da posição ativa do segurado correspondente ao dever da seguradora de salvaguardar a própria capacidade patrimonial e, assim, identificar em qual relação coloca-se o interesse à solidez da empresa, em relação ao núcleo fundamental de interesses que o esquema securitário visa realizar, ocorre, pois, esforçar-se a investigar em profundidade os caracteres funcionais e estruturais da figura. Tal exame minucioso, de fato, permitiu excluir que no atual aspecto normativo setorial possam ser entendidos equivalentes a solidez financeira da empresa e o recebimento da assim denominada técnica asseguratíva — fundada sobre a 'colheita' dos riscos homogêneos e sobre a 'repartição' dos mesmos entre os segurados segundo critérios estatístico-atuariais que permitem chegar à eliminação dos mesmos. Isso é demonstrado, entre outros, pelo relevo sempre maior que está assumindo, no âmbito do sistema abrangente predisposto para garantir a solidez patrimonial da empresa de securitização, a margem de solvência, ou seja, uma técnica que, como dito, é inspirada em uma lógica diferente daquela da estrita correlação entre os meios fornecidos pelos segurados (com o pagamento dos prêmios) e a constituição dos recursos da empresa por um lado, e da rígida destinação desta última à garantia das razões creditórias dos próprios segurados, de outro". Também no Brasil e a partir da intervenção e fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), muitas empresas estão deixando o mercado de planos e seguros-saúde, justamente pela demonstração de incapacidade no atendimento de níveis mínimos de solvência, exigidos pelo órgão regulador, situação elucidativa da crise por que passa o setor, em nosso sistema.

[15] A crise apontada parece ser, de fato, comum a diversos países. Riccardo Lamperti (Riflessi assicurativi della responsabilità sanitária: il punto di vista dell'ania. In: *Il rischio in medicina oggi e da responsabilità profissionale*. Milano: Giuffrè, 2000, p. 249 e ss.) aponta que "o mercado securitário italiano há alguns anos apresenta um andamento preocupante no específico ramo da responsabilidade civil geral, em termos de rentabilidade. Os dados de balanço das companhias mostram como as primeiras 19 companhias, representando quase 80% do mercado integral, têm um resultado técnico industrial negativo derivado do contínuo crescimento dos sinistros, seja em termos de frequência, bem como de custo médio."

de determinados tratamentos e atendimentos médicos, hospitalares e laboratoriais, a serem realizados por seus prepostos.[16]

A distinção mais marcante entre essa modalidade de contrato e aquela do seguro é, portanto, que em vez do reembolso de serviços a serem prestados por terceiros, a própria empresa de planos de saúde assumirá, por meio dos profissionais e dos recursos hospitalares e laboratoriais por ela credenciados e que com ela mantêm vínculos duradouros e efetivos, a obrigação de prestar os serviços necessários e pretendidos pelo consumidor.

Contudo, na prática há uma enorme aproximação entre tais modalidades de contrato, uma vez que é usual que as empresas de seguro-saúde indiquem, normalmente, uma lista de médicos, hospitais e laboratórios que a ela estão vinculados de modo permanente — e com os quais consegue preestabelecer custos e remunerações — e os quais remunera diretamente pelos serviços prestados diretamente, sem que ocorra o suposto reembolso dos segurados por pagamentos inicialmente feitos aos prestadores de serviços, agindo de modo análogo, neste ponto, ao que realizam as empresas de planos de saúde.

Por outro lado, também essas mesmas empresas de planos de saúde usualmente admitem, além da utilização de recursos que lhes sejam efetivamente próprios, outros que por elas tenham sido credenciados, e ainda outros não previamente indicados, em relação aos quais realizam, de modo total ou parcial, mero reembolso aos seus contratantes das despesas havidas com o atendimento prestado, agindo tal como se fossem, em realidade, verdadeiras seguradoras.

Inclusive, essa proximidade entre as duas modalidades de contrato foi, de certa forma, reconhecida nos próprios termos da atual lei brasileira, em que ambos os tipos de empresas — seguradoras e de planos de saúde — foram tidas como operadoras, indistintamente.

De toda forma, a prestação de serviços médicos, atualmente, é em grande parte realizada mediante a celebração desses contratos de seguros-saúde e de planos de saúde, os quais, adotando a configuração de verdadeiros e próprios *contratos de adesão*, devem ser também

---

[16] Adalberto Pasqualotto (op. cit., p. 42) esclarece que “operadoras de planos privados de assistência à saúde são pessoas jurídicas de direito privado, com liberdade de forma societária, que prestam serviços próprios ou através de terceiros, mediante contraprestações pecuniárias”.

apreciados sob as perspectivas próprias a essas modalidades de negócios jurídicos.

5. Da interpretação dos contratos e as novas e imprevisíveis situações

Interpretar é determinar o seu conteúdo. No que diz respeito ao conteúdo contratual, este está no conjunto de regras de conduta estabelecidas pelos contratantes. Sendo assim, interpretar um contrato significa determinar o conjunto de regras ou preceitos dele emanados, quer sejam expressos, quer sejam implícitos, mas sempre contidos de alguma forma na declaração negocial.

Para tanto, há diversas regras de interpretação no Código Civil, dentre as quais aquelas previstas nos artigos 112, 113 e 423, por exemplo.

Ocorre que, em determinadas situações, não bastará a interpretação, havendo a necessidade de que, excepcionalmente, faça o juiz a efetiva revisão daquilo que foi ajustado pelas partes.

Aqui no Brasil, a imprevisão e a onerosidade excessiva inspiraram regras do Código Civil, dentre as quais aquelas contidas nos artigos 478 e 479, criticadas por determinar primeiramente a resolução do contrato e não a sua revisão. Exigem, para serem aplicadas, a vantagem desmesurada do credor.

Já antes do Código Civil, contudo, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, inciso V, estabelecia a possibilidade de alteração de cláusulas contratuais que estabelecessem prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornassem excessivamente onerosas, o que englobava situações de lesão e da cláusula rebus sic stantibus.

Para a revisão contratual, costuma-se exigir a presença das seguintes situações: um contrato de execução continuada ou diferida, com desequilíbrio superveniente; a existência de excessiva onerosidade para uma das partes, não se impondo, para essa constatação, regras e parâmetros matemáticos; desequilíbrio causado por acontecimentos extraordinários e imprevisíveis; lucro exagerado para o credor.

Como se constata, a atual situação de pandemia poderia levar, em tese, à possibilidade de revisão dos contratos de massa relacionados ao atendimento à saúde.

Para tanto, há o evento imprevisível e inevitável, levando a situações de crise econômica e financeira que atingem tanto os consumidores como as operadoras.

Se, por um lado, os efeitos prejudiciais da pandemia atingem, em regra, a todos, a intervenção judicial para a alteração das regras contratuais deve ser feita, por sua vez, de modo excepcional, parcimonioso e valorizando a perspectiva do grande cenário, uma vez que dela podem se originar efeitos colaterais adversos.

Com efeito, deve haver essa autocontenção quanto à intervenção judicial para alteração das regras contratuais, uma vez que se deve manter a viabilidade da contratação privada, no seu componente de equilíbrio econômico.

Isso significa dizer que impor às operadoras ônus exagerados — tal como a desobrigação do pagamento de mensalidades por parte dos consumidores, a concessão de descontos não previstos e irrepetíveis, ou o aumento desmesurado do conteúdo do contrato — podem levar à implosão do sistema, a partir dos desafios de solvência por parte dessas mesmas empresas.

Por outro lado, a ideia de que o atendimento às necessidades de um consumidor específico poderia redundar na redução de lucros exagerados ou facilmente suportáveis pela operadora não é necessariamente verdadeira.

De fato, cada operadora tem uma realidade distinta. Várias são cooperativas, outras pequenas empresas de atuação local, outras ainda estão combalidas por situações econômicas anteriores e pela própria complexidade existente nesse campo de atuação.

Na verdade, é esse um ramo de atividade econômica que tem se caracterizado pela concentração dos operadores de saúde, sendo frequentes as empresas que dele já se retiraram desde o advento da Lei 9.656/98, que trata desse mercado.

Por outro lado, sendo os contratos de seguro e de planos de saúde fundados na oferta ao público e em uma base ampla de consumidores, eventual benefício dado a um deles, antes de gerar uma redução nos

lucros dos controladores da operadora, pode redundar na dispersão dos custos daí derivados no incremento dos valores cobrados das mensalidades dos demais, considerando a classificação desse custo como aumento da sinistralidade, a ser arcado, pois, pelo conjunto dos demais contratantes.

Ademais, é necessário confirmar se o problema para o adimplemento daquela prestação decorreu, em relação ao consumidor, de um fato efetiva e comprovadamente derivado da pandemia — tal como o desemprego, a diminuição da remuneração ou um significativo aumento de despesas — e não de uma situação pregressa ou de uma atitude meramente oportunista, visando obter algum benefício injustificado.

Por outro lado, também as operadoras, numa situação de elevação exagerada dos custos para o atendimento, decorrentes desses mesmos fatos oriundos da pandemia, poderiam buscar o aumento excepcional das mensalidades ou a redução de suas contraprestações, valendo-se de fórmulas e equações contidas no contrato, mas de impossível compreensão.

Também aqui, essas situações que venham a merecer a intervenção estatal devem ser analisadas *cum grano salis,* visto que podem resultar numa injustificada busca de vantagens em um período excepcional.

De toda forma, sendo contratos de duração e que venham a receber impactos de uma situação excepcional, imprevisível e, mais do que tudo, inevitável, estão aí os requisitos para que um determinado pedido possa ser apreciado judicialmente.

A regra, contudo, deve ser a da preservação do contrato, da sua modificação apenas em caráter excepcional, sendo certo que intervenções judiciais dessa natureza, caso se mostrem mais intensas do que o indispensável, podem redundar, além da insegurança jurídica, também na inviabilização de atividade empresarial em que a iniciativa privada tem papel fundamental, em especial no sentido da disponibilização do acesso a recursos da saúde para uma grande parte da população, com o benefício da desoneração do erário que pode, assim, canalizar os seus esforços para populações realmente desassistidas.

Referências

COUILBAULT, François; ELIASHBERG, Constant; LATRASSE, Michel. *Les grands principes de l'assurance*. Antony: L'Argus de l'Assurance, 2017.

LAMPERTI, Ricardo. Riflessi assicurativi della responsabilità sanitária: il punto di vista dell'ania. *In: Il rischio in medicina oggi e da responsabilità profissionale*. Milano: Giuffrè, 2000,

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Responsabilidad civil de los médicos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1997.

MARTINS, João Marcos Brito. *Direito de seguro:* responsabilidade civil das seguradoras. Rio de Janeiro, Forense, 2008.

MORAES, Irany Novah, *Erro médico e a lei*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.

SANTOS, Ricardo Bechara. *Direito de seguro no cotidiano*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Planos de saúde em tempos de pandemia: a necessidade de um marco regulatório

Juan Biazevic[1]
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: Introdução; 1. Contratos relacionais; 1.1. Características relacionais dos contratos de plano de saúde; 2. Regulação no mercado de saúde suplementar; 3. Pandemia e a necessidade de um marco regulatório; 3.1. Alternativas regulatórias: acertamento e equilíbrio; 3.2. Optando por não regular; 4. Conclusões; Referências.

Introdução

Esta obra coletiva busca destacar parte dos desafios que a pandemia da Covid-19 impõe à regulação da vida em sociedade, em especial na esfera das relações de consumo. Nesse contexto, o presente trabalho tem dois objetivos. O primeiro é descrever parte dos fundamentos de teoria geral dos contratos que fornecem sentido aos planos de saúde. O segundo busca, a partir da descrição anterior, defender a necessidade de editar regulação capaz de articular, a partir de critérios racionais e universalizáveis, alguma forma de correção dos desequilíbrios econômicos causados a ambas as partes do contrato. As possibilidades regulatórias são múltiplas e não é meu objetivo sugerir um modelo regulatório. Minha intenção é mais modesta, qual seja, a de destacar a necessidade de interferir no mercado de saúde suplementar para, dentro dos valores que conferem sentido ao contrato, garantir um

---

[1] Bacharel em Direito, Mestre e Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professor Convidado dos cursos de Pós-Graduação da Escola Paulista da Magistratura e da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

desenho institucional substantivamente capaz de assegurar seus múltiplos objetivos: a eficiência econômica do setor, a proteção da saúde dos usuários e a manutenção dos vínculos de solidariedade na socialização dos infortúnios.

Uma pequena ressalva deve ser feita. Ainda estamos em período de pandemia e seus efeitos para a economia como um todo, em especial para a saúde suplementar, ainda não são claros. Aqui trabalharei com a premissa de que o enfrentamento da doença, pelas razões que explicitarei adiante, aumentou os custos de funcionamento das operadoras, os quais, em razão da excepcionalidade da situação, não estavam precificados quando da composição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Esse fato, embora provável no atual contexto, exige demonstração contábil concreta por cada operadora para que ela possa postular aumento nas contraprestações. Ao mesmo tempo, outra premissa relevante é a de que os efeitos de retração da economia causados pela pandemia reduziram a capacidade de pagamento dos usuários. Ambas as premissas me parecem, neste momento histórico, corretas, mas podem ser falseadas pelo desenvolvimento futuro das consequências da pandemia.

1. Contratos relacionais

O contrato de plano de saúde pode ser considerado como uma espécie de contrato relacional. Essa afirmação impõe apresentar a categoria normativa "contrato relacional" e o que a distingue dos demais tipos de contratos. O grande responsável pela formulação foi Ian Macneil.[2] Esse é um conceito que ele começou a desenvolver a partir da década de 1960, através de pesquisas empíricas sobre a forma cooperativa pela qual alguns vínculos contratuais operavam na prática. Seus estudos foram responsáveis pela constatação de que as teorias contratuais então disponíveis não se ajustavam a alguns contratos relevantes que existiam no mundo real. Para Macneil, era errado

---

[2] Para uma reconstrução da maneira pela qual as ideias centrais da teoria evoluíram no pensamento de Macneil, veja: CAMPBELL, David. Ian Macneil and the relational theory of contract. *In: The relational theory of contract:* selected works of Ian Macneil. London: Thomson Reuters, 2001, p. 3-58.

pensar em contratos sem levar em consideração a completa análise de seu contexto, que inclui todos os fundamentos normativos socialmente determinados e, também, os custos econômicos envolvidos em cada uma das transações.[3] O conceito de contrato deveria ser construído socialmente, a partir de suas próprias relações internas e externas, quais sejam, o vínculo entre os contratantes e o papel do contrato como uma ferramenta socioeconômica básica da sociedade.[4] É exatamente esse ponto que desafia as teorias tradicionais, pois Macneil condiciona a análise do sentido da prática contratual à ideia de cooperação socialmente concebida.[5]

A formulação do conceito de contrato relacional foi feita em oposição ao modelo contratual tradicional, que ele chamou de contrato descontínuo (*discrete*). Tornou-se um lugar-comum entre os autores que se dedicaram a distinguir essas duas categorias normativas a afirmação de que essa é uma tarefa complexa, notadamente porque contratos descontínuos também possuem uma função cooperativa e, ainda, porque os relacionamentos se apresentam das mais variadas formas e graus.[6] Contudo, comparar duas de suas instâncias paradigmáticas dilui parte dessas dificuldades. A compra e venda de produtos perecíveis para consumo imediato pode ser tomada como um paradigma de contrato descontínuo. Nela, cada acordo celebrado é considerado como uma realidade autônoma. O consenso dos contratantes se dirige para a integral determinação de todos os termos relevantes do negócio: o comprador entrega o preço convencionado e o vendedor entrega a coisa vendida. Com o cumprimento de cada uma das parcelas, o contrato se extingue e as partes, pretendendo negociar novamente, deverão celebrar novos contratos. O mesmo não ocorre nos chamados contratos relacionais. Os contratos para o desenvolvimento de novas

---

3 Como Macneil esclareceu no prefácio à edição brasileira de O novo contrato social, não se teoriza sobre contratos sem perceber o contexto no qual se inserem as transações e as relações relevantes para o vínculo, sendo certo que "uma análise contextual combinada das relações e transações é mais eficiente e produz um resultado analítico final mais completo e certo do que o obtido quando se começa por uma análise não-contextual das transações" (MACNEIL, Ian R. *O novo contrato social:* uma análise das relações contratuais modernas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. xiv.).

4 MACNEIL, Ian R, op. cit., p. xxxiv.

5 CAMPBELL, David, op. cit., p. 11-15.

6 KIMEL, Dori. The choice of paradigm for theory of contract: reflections on the relational model. *Oxford Journal of Legal Studies*, Orforx, v. 27, n. 2, p. 233-255, 2007.

tecnologias na área da eletrônica podem ser tomados como paradigma de contrato relacional. Não se imagina que um vínculo desse tipo possa definir, dentro de um instrumento contratual, *ex ante* e por completo, exatamente a maneira pela qual o contrato se desenvolverá e como deverá se modificar em função de eventos futuros incertos. Afinal, não é possível definir previamente todas as dificuldades que a produção de um novo tipo de conhecimento exigirá ou, ainda, como os parceiros deverão reagir à evolução do mesmo conhecimento gerado por empresas concorrentes. O que o vínculo gera, portanto, é um tipo de relacionamento cooperativo que, a partir de suas próprias normas internas, normas fluidas que são criadas pelas expectativas do relacionamento, se altera para alcançar o objetivo inicialmente estabelecido.

Agora já é possível apresentar as características paradigmáticas do funcionamento dos contratos descontínuos. Na lógica descontínua, cada negócio caracteriza uma entidade única, pois cada vínculo representa uma transação separada de quaisquer outras firmadas entre as partes. Cada ato contratual é considerado como um ato isolado, independente e autônomo, com seus próprios elementos essenciais constitutivos. São quatro as características básicas desses vínculos. Eles são: (a) impessoais; (b) presentificadores; (c) envolvem uma barganha entre partes instrumentalmente orientadas; e (d) requerem o mútuo consentimento. O contrato é (a) impessoal, porque define a transação em termos de simples troca de mercadoria. Nele não se confere nenhuma importância à qualidade das partes contratantes, bastando sua simples subsunção ao conceito geral de sujeito de direitos. O contrato é (b) presentificador, pois busca planejar no presente imediato os comportamentos futuros das partes, prevalecendo a ideia de que ele deve ser mantido dentro do contexto consagrado do pacta sunt servanda. A concepção de (c) barganha instrumental busca refletir a presunção de que as partes agiram, durante as negociações, de forma egoísta e individualista na busca da realização de seus próprios interesses econômicos, excluindo-se a premissa de que as partes atuavam de forma cooperativa ou solidária. Finalmente, (d) a ideia de mútuo consentimento recorda que a autonomia da vontade é a fonte criadora desses vínculos.[7]

[7] MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Contrato previdenciário como contrato relacional. *In: Ensaios de direito privado e social:* contratos, meio ambiente e tutela coletiva. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 81-99.

Os contratos relacionais possuem uma lógica de operação distinta. Os vínculos criados tendem a gerar relacionamentos contínuos e duradouros, nos quais os termos de troca são cada vez mais abertos e as cláusulas substantivas são substituídas por cláusulas constitutivas ou de regulação de um processo de contínua renegociação. São diversas as características que afastam esse tipo de contrato da lógica tradicional dos contratos típicos das reconstruções liberalistas. Cinco são as principais: (a) os elementos constitutivos dos contratos se tornam mais flexíveis, pois questões como preço, quantidade, qualidade e entrega sofrem mutação constante; (b) essa mutabilidade torna impossível prever todas as contingências contratuais, colocando em xeque a própria utilidade das cláusulas gerais nas quais as teorias contratuais se fiam para a solução desses imprevistos; (c) o contrato adquire uma dimensão processual, na forma de um jogo reflexionante que produz *in fieri* a medida de sua razoabilidade e justiça contratual; (d) os termos do contrato ficam sujeitos a readequações constantes durante a vigência, através da previsão de processos institucionais pelos quais os termos da troca e do ajuste serão especificados no curso do adimplemento; finamente, (e) os contratos não mais se limitam a estabelecer trocas entre sujeitos de direito, mas a estabelecer complexos processos de cooperação, solidariedade e confiança.[8]

O dito acima permite criar uma dicotomia. De um lado, temos algumas práticas contratuais que devem ser consideradas descontínuas, tradicionalmente contratos relacionados aos modelos de produção manufatureiro e de massa. De outro, temos um conjunto de práticas contratuais que deve ser considerado relacional, normalmente relativo a modelos de produção que se protraem no tempo e que possuem como característica central a existência de algum tipo de atividade cooperativa. Isso permite criar um espectro tomando por base o comportamento dos contratantes. No primeiro dos extremos, temos os comportamentos altamente competitivos, que se relacionam com um modelo descontínuo. No outro, temos o máximo de cooperação, comportamentos que reclamam um modelo relacional. Isso permite criar dois tipos ideais. O tipo ideal do contrato descontínuo é aquele no qual a relação entre as

---

[8] MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto, op. cit., p. 87-89.

partes se limita à troca: uma parte entrega um produto ou serviço especializado, enquanto a outra entrega normalmente o seu equivalente em dinheiro.[9] O tipo ideal do contrato relacional é aquele no qual as partes, tal como ocorre em um casamento, decidem estabelecer um projeto de relacionamento. Elas acordam que cooperarão para o sucesso do empreendimento conjunto, mas não serão capazes de antever, desde o início, as contingências que enfrentarão. O consenso aqui não é capaz de definir os pormenores do contrato, mas apenas as bases sobre as quais o relacionamento se desenvolverá. A importância do espectro está em perceber que contratos reais poderão ocupar, dependendo de suas características e das expectativas sociais neles envolvidas, lugares distintos. É o que ocorre também com os planos de saúde, como se verá na próxima subseção.

1.1. Características relacionais dos contratos de plano de saúde

O que nos permite afirmar que os contratos de planos de saúde são do tipo relacional? Dito de outra forma, quais características paradigmáticas do funcionamento desse contrato nos autorizam imputar-lhe o rótulo? A primeira deve ser localizada no papel do consenso na formação do vínculo. A presentificação característica dos contratos descontínuos está ausente no plano de saúde. Quando da assinatura do contrato, embora as partes possam debater diversos pontos — tais como rede credenciada, reembolso, tipo de acomodação e valores —, o consenso manifestado possui um papel de desencadeador de relacionamento e não de determinação integral das obrigações reciprocamente assumidas. O contrato firmado possui um nível de incompletude endêmico invencível, pois não é possível, na data da assinatura, determinar por completo o conceito futuro de adimplemento perfeito. Por um lado, o usuário desconhece como evoluirá a sua saúde pessoal e não sabe se precisará do auxílio da operadora e, em caso positivo, em quais

[9] Há de se recordar que mesmo comportamentos altamente competitivos também se desenvolvem no interior de relações sociais. Assim, é equivocado imaginar que a competição entre dois agentes econômicos é um tipo de vale-tudo sem regras. Os limites legítimos da competição também são normativamente mediados e construídos pela sociedade.

termos. Ademais, o conceito de adimplemento perfeito está sujeito a modificações na economia, no conhecimento científico, na tecnologia e, até mesmo, a pandemias não antevistas. Aquilo que aparenta ser adequado hoje, que guarda uma boa relação entre o preço pago e o serviço disponível, pode se alterar por completo amanhã[10]. Essas são contingências imprevisíveis que afetam diretamente as expectativas de todos os envolvidos no relacionamento. A manutenção e o desenvolvimento do vínculo pressupõem, portanto, compreender esses contratos por uma lógica mais flexível.

As expectativas legítimas das partes também desempenham um papel importante na caracterização do rótulo relacional. O usuário tem como propósito contratar serviços de saúde para utilizar na eventualidade de algum infortúnio. A operadora tem como propósito auferir lucro através da exploração dessa atividade econômica. O contexto social no qual esse vínculo se estabelece reconhece a importância que a socialização dos infortúnios possui para a melhora da qualidade de vida de seus membros, da mesma forma que reconhece o livre mercado como uma forma eficiente para a prestação de serviços e para o desenvolvimento econômico. As operadoras normalmente oferecem seus serviços prometendo que cuidarão da saúde do usuário e de seus familiares. Ao contrário do que ocorre com o contrato descontínuo, no qual as obrigações assumidas são muito claras, no plano de saúde a expectativa de cuidar da vida do usuário impõe uma determinação muito mais fluida do conceito de adimplemento contratual.

O comportamento legitimamente esperado dos contratantes também difere. Enquanto a competição é a característica central dos contratos descontínuos, a cooperação entre usuário e operadora é o padrão socialmente imposto ao contrato relacional. Usuário e operadora não estão em competição por uma barganha que aumente os resultados de ambos, mas em cooperação para prestar e receber serviços de saúde. O ponto de vista do participante da prática, mediado pelos valores de filosofia política que conferem sentido ao contrato, não pode ser

[10] MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Regulação no setor de telecomunicações e o direito do consumidor. *In: Ensaios de direito privado e social:* contratos, meio ambiente e tutela coletiva. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 203.

ignorado. A expectativa legítima do usuário é uma espécie de comportamento cooperativo por parte da operadora, para que ela o ajude, na eventualidade de um infortúnio, a superar o problema de saúde. A cooperação se faz presente para ambas as partes. A iniciativa privada explora o mercado de saúde suplementar em troca de lucro e é justo que o obtenha, desde que o faça cumprindo por completo tudo aquilo que é devido ao usuário. Note-se que o comportamento cooperativo não depende de qualquer tipo de anuência subjetiva dos contratantes. Ele é um padrão de comportamento socialmente imposto que integra os contratos mesmo se ambos os contratantes, no momento da assinatura ou durante a execução do vínculo, decidirem se comportar de maneira egoísta e oportunista.

O dito acima naturalmente coloca a seguinte pergunta: considerando o espectro de comportamentos possíveis das partes, dentro dos tipos ideais do máximo de competição e do máximo de cooperação, onde se deve localizar o contrato de planos de saúde? Um ponto que merece destaque é uma relação de disparidade de forças entre as partes. A operadora possui superioridade econômica, técnica e informacional que a coloca em situação de vantagem em qualquer tipo de negociação com os usuários, mesmo quando eles contratam de forma coletiva. Isso retira a possibilidade de pretender localizar o contrato no máximo da cooperação, pois o conceito de cooperação plena pressupõe igualdade substantiva entre as partes para alcançar objetivos comuns. Alguns poderão afirmar que a esfera cooperativa imposta externamente ao contrato não possui a profundidade suficiente para classificar esse contrato como relacional. Aqui duas observações são importantes para justificar a classificação: (a) a fluidez que deve reger a redefinição constante dos termos do contrato e as expectativas socialmente imputadas ao vínculo impõem um tratamento cooperativo ao contrato que, embora não se possa localizar no máximo da cooperação espontânea, impõe externamente um dever cooperativo; (b) a determinação do preço devido certamente é o instante menos cooperativo do relacionamento, pois a disparidade de forças permite que a operadora cobre o preço que entender devido e ao consumidor resta aceitar ou rejeitar o valor. Contudo, defendi em outro texto que o dever de cooperação é a fonte da ampliação dos limites de cobertura para além daquilo que foi regulamentado pela ANS, desde que presentes alguns requisitos de custo-efetividade dos

procedimentos.[11] Portanto, se, por um lado, existe disparidade de forças na determinação do preço, por outro, há deveres cooperativos que ingressam no contrato a despeito da disparidade e de eventual recusa de qualquer das partes do contrato. Assim, o contrato, embora não possa ser localizado no extremo da cooperação, possui características cooperativas que não permitem reconduzi-lo à ideia de contrato descontínuo.

2. Regulação no mercado de saúde suplementar

Quando uma das partes exerce uma posição de poder muito díspar, isso permite que ela imponha unilateralmente regras no relacionamento capazes de sujeitar a outra a situações não totalmente desejadas. É por esses motivos que o contrato de plano de saúde é simultaneamente relacional e regulamentado pelo Estado. Não houvesse a disparidade de forças e, ainda, não fosse a saúde suplementar uma área tão importante socialmente, a proteção através da regulação não seria exigida. O tema da proteção regulatória encerra dois conjuntos de conduta por parte do Estado: (a) a edição de regulação, que interfere nos limites de liberdade de conduta individual; e (b) o exercício do poder de polícia, que encerra as condutas de fiscalizar, corrigir e, em alguns contextos, sancionar a conduta em desacordo com o padrão estabelecido. Para os limites deste trabalho, interessa-me o primeiro aspecto protetivo.

A regulação da atividade privada pode ser justificada pela necessidade da realização de algum valor tido como importante pela comunidade política, gerando um tipo de proteção especial. Existe um paralelo importante entre a atividade regulatória e a implementação de políticas públicas por parte do Estado. A possibilidade de reconduzir o conteúdo da regulação a algum tipo de justificativa considerada valiosa pelos membros da comunidade é pressuposto para o reconhecimento de sua juridicidade e para sua aceitação pelos destinatários. Prosser

---

[11] BIAZEVIC, Juan Paulo Haye. *Interpretação dos contratos:* os limites de cobertura dos planos de saúde. 2020. Tese (Doutorado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

articulou quatro tipos ideais de racionalidade regulatória que buscam justificar a regulação: (a) regulação para garantir a eficiência econômica e o direito de escolha do consumidor; (b) regulação para proteger direitos individuais básicos; (c) regulação para garantia da solidariedade social; e (d) regulação como deliberação.[12] A regulação editada pela ANS pode ser compreendida através desses quatro tipos ideais.

As (a) abordagens econômicas defendem que a regulação deve agir para corrigir falhas de mercado, partindo da premissa de que esse tipo de correção aumenta o bem-estar da comunidade. A regulação adquire um papel de instrumento de maximização da eficiência alocativa dos recursos, objetivo que tem por fundamento uma concepção utilitarista de moral política. Embora os economistas não analisem o modelo a partir de uma concepção filosófica, seus modelos podem ser compreendidos como fundados na premissa de que a comunidade estará melhor sempre que os recursos forem distribuídos de maneira mais eficiente, de tal forma a potencializar a maximização da riqueza. Alguns autores ampliam o papel da regulação para incluir a defesa da escolha do consumidor como outro objetivo desse modelo. O argumento é que a correção das falhas do mercado gera efeitos positivos para os consumidores, pois um mercado com maior concorrência garante um número maior de opções de qualidade.[13]

As demais justificativas buscam enfrentar uma limitação relevante da justificativa anterior, tal seja, o fato de ela ser articulada a partir do valor eficiência dentro de um modelo utilitarista de maximização de riqueza. Isso não equivale a dizer que o modelo não está centrado na realização de alguma concepção de valor ou na realização de alguma concepção de interesse público. A eficiência é um valor, mas não é o

[12] PROSSER, Tony. *The regulatory enterprise:* government, regulation, and legitimacy. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 18-19.

[13] PROSSER, Tony, op. cit., p. 12-13. O rol de coberturas obrigatórias mínimas nos planos de saúde, por exemplo, corrige uma falha de mercado importante referente ao déficit de informação entre operadora e usuário de planos de saúde, evitando algum tipo de comportamento oportunista por parte daquela. Não fosse a existência desse rol de procedimentos, elaborado por pessoas que presumidamente possuem conhecimento em áreas como a epidemiologia, saúde pública e tantas outras, o consumidor não teria condições de aferir se as coberturas contratadas, entre outros aspectos relevantes, são justas para o preço contratado e para as enfermidades mais comuns para seu perfil. Para uma versão completa do argumento e, ainda, sobre como essa falha tende a gerar retração de mercado, veja: BIAZEVIC, Juan Paulo Haye, op. cit., p. 168-171.

único valor digno de tutela em todos os contextos sociais. O que as justificativas não econômicas buscam demonstrar é que outros valores também podem ser utilizados para justificar o conteúdo da regulação. É certo que elas podem gerar ineficiências econômicas, mas se justificam a partir dos valores que os participantes da prática consideram importantes para viver uma vida digna coletivamente. O papel do sistema político se torna o de definir um acordo coletivo sobre aquilo que se considera um bem na vida política, social e econômica.[14] Não existe alocação moralmente neutra ou naturalmente obrigatória. Todas as escolhas alocativas refletem um tipo de decisão de natureza moral acerca da melhor maneira pela qual as pessoas irão viver suas vidas. Duas são as principais justificativas não econômicas: a proteção de direitos básicos e a garantia da solidariedade social.

A regulação para a (b) proteção de direitos básicos está baseada na ideia de que algumas pessoas possuem direitos incondicionais a certos níveis de proteção, ou seja, de que alguns riscos são inaceitáveis quaisquer que sejam os benefícios alcançados.[15] A criação de padrões mínimos de cobertura e o monitoramento exercido pela ANS são concreções dessa justificativa.

A regulação também pode ser justificada como mecanismo de garantia da (c) solidariedade social. Pode-se dizer que a regulação tem vocação para impedir ou limitar o potencial fragmentador dos mercados, garantindo amplas formas de acesso a serviços essenciais.[16] O valor solidariedade fornece sentido à gramática de funcionamento do contrato, porquanto a saúde suplementar deve ser compreendida como mais um componente da rede de proteção social disponível à população. Não é possível compreender a gramática da regulação desse setor de forma apartada das políticas gerais de atenção

---

[14] MORGAN, Bronwen; YEUNG, Karen. *An introduction to law and regulation:* text and materials. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 36.

[15] PROSSER, Tony, op. cit., p. 13-14. Nos exemplos citados por Sunstein, o Congresso Americano, a partir do chamado *New Deal,* criou diversos tipos de regulação para proteger os indivíduos e a coletividade dos múltiplos riscos da sociedade industrializada. Eram regulações que reconheciam o direito à liberdade de riscos no ambiente de trabalho e do consumo de produtos, do risco da pobreza, das longas horas de trabalho e dos baixos salários, da fraude e engano, da dominação por empregadores e contra a poluição do ar, da água e de substâncias tóxicas (SUNSTEIN, Cass R. *After the rights revolution:* reconceiving the regulatory state. Cambridge: Harvard University Press, 1993, p. 12-13).

[16] PROSSER, Tony, op. cit., p. 15-16.

à saúde, ainda que se trate de atividade prestada por particulares. É inegável o interesse público em desenvolver um mercado capaz de dar conta de três pretensões ideais: (i) agregar o maior número possível de pessoas, (ii) pagando preços acessíveis e (iii) com o mais amplo acesso possível aos tratamentos recomendados pela ciência médica. Assim, embora financiados com recursos particulares, os planos de saúde devem ser considerados como parte da rede de proteção social disponível à população.

Finalmente, o último modelo regulatório é o (d) deliberativo. Todos os valores acima invocados (eficiência econômica, direitos básicos e solidariedade social) são essencialmente controversos. Embora importantes, pessoas razoáveis sempre irão divergir acerca do que constitui a melhor concreção ou articulação desses valores em casos específicos. O desacordo moral sobre qual valor deve ser privilegiado em cada contexto permanecerá presente e é exatamente por esse motivo que as soluções procedimentais têm sido utilizadas como instrumento de solução prática. A vantagem desse tipo de modelo é a possibilidade de argumentar que o diálogo entre os envolvidos, criado e mantido pelo espaço regulatório, é o instrumento para alcançar a determinação do interesse público. O procedimento não terá o poder de solucionar o desacordo moral, mas é uma saída prática importante quando há de se tomar alguma decisão endemicamente controversa.

O que os parágrafos acima revelam é que a justificação dos atos de regulação da Agência Nacional de Saúde, dada a complexidade do setor de saúde suplementar, não admite um conjunto único de argumentos de defesa. Como ocorre normalmente com nossas práticas linguísticas de justificação de sistemas complexos, também na saúde suplementar a diversidade dos valores e dos interesses envolvidos comporta e permite a apresentação de diversas alegações nem sempre coincidentes. Nada impede, por exemplo, que o mesmo ato regulatório receba justificativas de natureza econômica, baseadas no aumento da eficiência na alocação dos recursos disponíveis, e também de interesse público, articuladas em torno de valores de solidariedade e de proteção de direitos básicos dos usuários de planos de saúde.

3. Pandemia e a necessidade de um marco regulatório

Existe grande semelhança entre os planos de saúde e o contrato de seguro, notadamente em seus aspectos técnicos, atuariais e financeiros. A semelhança entre ambos permite analisar a questão dos valores que conferem sentido ao plano de saúde através do contrato de seguro. Como esclarece Ewald, a fonte da moralidade do seguro nasce de um tipo de racionalidade fundada na probabilidade dos infortúnios. A criação de um seguro transforma um obstáculo – o medo da perda – em uma possibilidade objetivamente quantificada. Isso liberta o indivíduo, permitindo que ele possa agir ciente de que, no caso do infortúnio, será ressarcido.[17] A moralidade do contrato de seguro está construída em torno de quatro valores básicos, que Ewald identificou como sendo: responsabilidade, solidariedade, justiça e verdade.[18] Esses são valores interdependentes e autorreferentes. Eles adquirem um significado especial no contexto dos seguros, permitindo compreender o contrato como um tipo especial de parceria. Eles possuem uma dimensão política, pois são o resultado de uma escolha social. Uma sociedade fundada em seguros, longe de ser uma sociedade sem valores, é uma sociedade extremamente rígida e virtuosa, que não ignora os riscos que naturalmente decorrem de sua existência.[19]

Como é feito o cálculo do valor cobrado dos usuários dos planos? Esse é um tema que se relaciona diretamente com a questão do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, em especial com a precificação do risco coberto. A legislação permite que as contraprestações devidas variem de acordo com a idade do beneficiário. O cálculo inicial do prêmio, embora sofra modificação regulatória por conta do pacto intergeracional, é definido a partir do custo para a prestação dos serviços para cada usuário. Sobre esses valores são acrescidas quantias para fazer frente a despesas administrativas, comerciais, tributárias e, finalmente, para incluir o lucro da operação. Embora contrair doenças seja um evento futuro e imprevisível para cada indivíduo, a incidência de doenças em uma população pode ser estatisticamente determinada

---

[17] EWALD, François. *The values of insurance*. Grey Room, Cambridge, v. 74, p. 120-145, 2019, p. 129.
[18] Para uma análise completa de cada um desses valores básicos, veja: EWALD, François, op. cit.
[19] EWALD, François, op. cit., p. 140-141.

com boa precisão para cada patologia.[20] A possibilidade de quantificar o risco global é o que torna possível a existência do contrato, pois permite o cálculo do montante necessário que se deve reunir para fazer frente aos eventos.

Em suma, dois são os pontos básicos da gramática de funcionamento dos contratos de planos de saúde: (a) ele é valioso para os participantes da prática porque permite transferir onerosamente um determinado risco, fornecendo um mecanismo de socorro no caso de infortúnio e, simultaneamente, liberando parte dos recursos do usuário para outras finalidades; e (b) a assunção do risco pressupõe clareza naquilo que a operadora está assumindo, clareza que permite, através de cálculos atuariais, a precificação daquilo que os usuários utilizarão dos valores arrecadados pelo grupo.

Nesses termos, há de se colocar a seguinte pergunta: como a ocorrência da pandemia é capaz de abalar o equilíbrio atuarial do plano? De início, não se pode ignorar que esse é um ponto que exige demonstração concreta de aumento de gastos por parte das operadoras e, ainda, que não existem estudos empíricos apontando com clareza a monta desses aumentos. Contudo, a partir daquilo que é noticiado pelos diversos meios de comunicação, pode-se aceitar a hipótese de que a pandemia foi responsável pelo aumento nos gastos ordinários em virtude da maior ocupação de leitos de terapia intensiva e, também, pela realização dos diversos exames em todos os pacientes que procuraram a rede privada para o diagnóstico da enfermidade. A pandemia tem o potencial de afetar o equilíbrio do contrato exatamente porque é um fato imprevisível cujas consequências não foram devida e previamente determinadas com base estatística. Assim, os gastos que as operadoras são obrigadas a enfrentar não foram precificados e a provisão técnica existente para o enfrentamento das despesas não está totalmente formada. Note-se que ao fato da vida pandemia somam-se todas os demais infortúnios aos quais a comunidade dos segurados está estatisticamente sujeita pelo simples fato de serem seres humanos.

A pandemia também tem o potencial de gerar desequilíbrio na outra ponta do contrato, no polo dos usuários de planos de saúde. As

[20] CECHIN, José. Fatos da vida e o contorno dos planos de saúde. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (org.). *Planos de saúde:* aspecto jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 199.

previsões de retração da economia, perda de renda e do emprego são, neste momento, extremamente pessimistas. Pode-se aceitar a hipótese de que muitos usuários, em razão do isolamento social e da paralisação de setores relevantes da economia, tiveram sua renda amplamente comprometida e assim permanecerão por prazo razoável. Em suma, a pandemia gerou perda de riqueza e de capacidade de pagamento. O que é mais preocupante para o contrato, portanto, é que a pandemia tem o potencial de majorar os custos para a prestação dos serviços por parte das prestadoras e, simultaneamente, reduzir a capacidade de pagamento por parte dos usuários dos serviços. Como reencontrar o equilíbrio em um contrato regido pelos deveres mútuos de cooperação?

3.1. Alternativas regulatórias: acertamento e equilíbrio

Parece-me que a melhor saída disponível para o problema deve se dar na esfera da proteção regulatória. Recorde o leitor que a regulação da ANS comporta compreensão e justificação a partir de múltiplos argumentos de moral política. Ela pode servir para alocar de forma mais eficiente os recursos disponíveis, aumentando a eficiência, a competição e ampliando o mercado para o consumidor. Ela pode, também, agir como instrumento para a defesa do direito básico à saúde dos usuários e para a manutenção de nossa rede de solidariedade social, através da criação de estruturas institucionais que criem incentivos para a manutenção dos usuários no interior dessa rede de proteção, a despeito de sua momentânea perda de poder aquisitivo. Essa pluralidade de propósitos revela a preocupação de nossas práticas regulatórias com ambos os polos do contrato relacional. De nada adiantaria permitir a majoração dos preços, ainda que negociada na esfera dos contratos coletivos, ignorando por completo a redução da capacidade de pagamento. Da mesma forma, seria temerário ignorar os aumentos dos custos, pois operadoras em ruína financeira não serão capazes de prestar os seus serviços e deixarão seus usuários sem a cobertura necessária. Encontrar o ponto de equilíbrio aqui, portanto, é delicado, mas necessário.

A busca por um reequilíbrio deve ser compreendida a partir das ideias de acertamento e equilíbrio, ideias típicas do direito social.

A partir das lições de François Ewald, pode-se dizer que o acertamento reflete a ideia de que as disputas entre os diversos grupos de interesse devem ser solucionadas através de sacrifícios mútuos, enquanto o equilíbrio pretende criar uma regra de julgamento normativo e contextual que introduz um tipo de dever de compensar o desequilíbrio através da distribuição coletiva do ônus.[21] Na prática, embora a vagueza desses conceitos autorize a articulação de inúmeros arranjos alocativos, podemos considerar alguns cenários possíveis para a solução regulatória. Aqui considerarei duas possibilidades quanto à duração e aos efeitos da pandemia: (a) pandemia de curta duração e de pequenos efeitos econômicos e (b) pandemia de longa duração e de grandes efeitos econômicos. Parece-me que elas ilustram de forma razoável algumas das consequências possíveis que devem ser consideradas na solução regulatória. Ambas, contudo, devem levar em consideração o aumento dos custos para cada operadora de forma individualizada, inclusive distinguindo bases territoriais de atuação e exigindo a efetiva demonstração contábil da monta do impacto causado pela pandemia. Essa é uma precaução indispensável para evitar comportamentos oportunistas das operadoras, que poderiam utilizar a pandemia como mero pretexto para aumentar seus resultados financeiros.

No primeiro cenário, o desafio regulatório é mais simples. A rigor, uma pandemia de curta duração alcançaria negativamente apenas os usuários dos planos, em razão da provável lentidão de recuperação da economia, mas não representaria um aumento de custo de operação em grande proporção para as operadoras. Nesses termos, o maior cuidado da regulação seria o de não permitir o repasse integral e imediato desses custos. Essas quantias, embora não tão elevadas para as operadoras, seriam exigidas de pessoas que estão suportando queda de poder aquisitivo. Os aumentos, então, teriam o potencial de excluir os consumidores do acesso aos planos de saúde, em especial os de menor renda e os de mais idade. A alternativa viável é a diluição no tempo da recomposição patrimonial das operadoras. Uma possibilidade é a redução temporária do capital que as operadoras são obrigadas a provisionar a título de margem de solvência, aumentando a liquidez do setor sem repassar imediata e integralmente os custos do aumento para o

---

[21] EWALD, François. A concept of social law. *In:* TEUBNER, Gunther (org.). *Dilemmas of law in the Welfare State*. Berlin: European University Institute, 1988, p. 40-75.

usuário final. Uma vez custeadas as despesas causadas pela pandemia e, ainda, retomada a atividade econômica ordinária, o contrato reencontraria o equilíbrio perdido, voltando a operar com as probabilidades estatísticas ordinárias anteriores.

O segundo cenário é extremamente complexo. Uma pandemia longa e com grandes impactos para os custos de operação é algo que desafia a própria manutenção da existência de um sistema de saúde suplementar, ao menos de um sistema de saúde suplementar não concentrado em poucos grandes agentes. Diversos são os aspectos que devem ser levados em consideração. Além do já mencionado quanto à demonstração contábil concreta da monta dos custos suportados, a regulação também deverá impor a correção do desequilíbrio atuarial em um prazo elástico o suficiente para não excluir os usuários do acesso aos planos e, simultaneamente, curto o suficiente para não excluir do mercado de prestação de serviços as operadoras de menor porte. Ademais, para agregar maiores complexidades, a definição desse prazo deve ser responsiva à presença dos efeitos da pandemia na economia. A própria redução temporária das margens de lucro, considerando a necessidade de sobrevivência de um mercado plural e competitivo, pode ser considerada como uma alternativa.

Não existem respostas fáceis para o reequilíbrio do contrato, mas as diversas alternativas no nível da regulação possuem uma vantagem importante: elas terão algum tipo de racionalidade minimamente universalizável na determinação dos critérios de distribuição dos ônus financeiros da pandemia. Um bom marco regulatório, capaz de levar em conta todas as complexidades que ambas as partes do contrato estão sujeitas, em especial a parte de menor capacidade econômica, é instrumento imprescindível para a execução de uma boa política de acesso à saúde e de socialização dos infortúnios. Ele seria capaz de afastar parte das críticas, algumas delas apressadas e superficiais, de que as agências reguladoras no país laboram quase que exclusivamente no interesse dos agentes econômicos. Ele também seria um mecanismo adequado para afastar outro tipo de irracionalidade: alguma forma de populismo legislativo que proíba por completo reajustes ou a suspensão dos planos para pessoas inadimplentes. Soluções simplistas, que desconsiderem a complexidade do setor da saúde suplementar, longe de apontar um caminho adequado, apenas agregarão elementos de desequilíbrio para o vínculo relacional.

3.2. Optando por não regular

Deixar de regular nesse período excepcional é optar, por um lado, pela irracionalidade da judicialização nos planos de saúde e, por outro, por colocar as operadoras em uma posição de vantagem no momento da renegociação do contrato. Vejamos cada uma das hipóteses.

O usuário que se considerar achacado pelo aumento de seu plano de saúde procurará o Judiciário para a redução da contraprestação a valores “razoáveis”, mas não terá a capacidade técnica de indicar critérios objetivos indiciários da razoabilidade. Como tantas demandas que tramitam pelo país, as petições iniciais se limitarão a apontar os valores anteriores à pandemia, os valores posteriores e, em alguns casos, a destacar a redução da capacidade de pagamento em razão da retração da economia. Algumas farão juntar notícias de jornais adrede selecionadas para denunciar as grandes margens de lucro de algumas das maiores operadoras no país, na esperança de que esse conjunto de fatos seja suficiente para sensibilizar o magistrado para afastar a injustiça cometida. A situação é, de fato, injusta. Contudo, correções de injustiça demandam critérios de justiça distributiva que não estão ao alcance de profissionais que são versados em direito, mas leigos em saúde suplementar. É possível encontrar na gramática cooperativa do vínculo relacional um argumento para tentar redistribuir os ônus financeiros da pandemia, mas o argumento perderá persuasão no momento de indicar os critérios adequados para repartir os prejuízos suportados por ambas as partes do contrato.[22] Ao final, ainda que o Judiciário, em uma demanda específica, interfira no conteúdo do contrato e modifique o arranjo alocativo, essa decisão será precificada pela operadora e redistribuída entre os demais usuários que não judicializaram a questão. A coletividade dos usuários pagará um pouco mais caro para que uma pessoa tenha acesso a planos mais baratos.

Note-se que optar por não regular também é uma decisão, mas é uma decisão que mantém os debates sobre a recomposição dos planos

---

[22] Esse é um óbice intransponível que se verifica tanto em demandas individuais como em demandas coletivas. A falta de racionalidade decorre não do tipo de demanda judicial, mas do fato de o local da tomada da decisão estar deslocado do interior da agência de regulação.

na atual sistemática regulatória, ou seja, naquilo que for livremente pactuado entre operadoras e grupos de usuários. Recorde-se que a imensa maioria dos planos de saúde em vigor no país é do tipo coletivo, modalidade que determina que os reajustes na contraprestação devida devem ser objeto de negociação entre as partes do contrato.[23] Esse tipo de debate tende a ser danoso para a comunidade dos usuários, em especial pela disparidade de forças no momento da renegociação.

4. Conclusões

Podemos optar, portanto, entre dois modelos. O primeiro enfrenta a complexidade técnica imposta pela pandemia e assume o ônus de regular nesses tempos, desenvolvendo critérios de justiça distributiva universalizáveis. O segundo é a escolha pela irracionalidade da decisão do caso concreto ou, em outra leitura, a sujeição da comunidade dos usuários de planos de saúde a uma posição de renegociação em um contexto de disparidade de forças. Aqui não existe alternativa moralmente neutra, mas dois caminhos possíveis para uma questão importante que se relaciona com a conservação de nossos laços de solidariedade social. Decidir por regular ou por silenciar exige a apresentação das melhores razões de moral política para explicar porque estaremos melhor, como comunidade, com ou sem a edição da regulação. Espero que os diversos motivos articulados durante este trabalho tenham deixado claras as razões pelas quais entendo necessária a edição de nova regulação.

[23] As grandes operadoras não mais oferecem planos individuais, pois neles o reajuste nos preços depende de autorização da ANS. Essa menor flexibilidade desequilibrou o mercado de planos em favor das diversas modalidades de planos coletivos, que respondem por 81,59% dos planos ativos. Segundo a ANS, entre os planos adaptados à Lei nº 9.656/1998, existiam, em março de 2020, 35.537.946 planos coletivos (81,59%) e 8.019.987 planos individuais (18,41%). Disponível em: https://bit.ly/3i-99KUK. Acesso em: 12 jun. 2020.

Referências

BIAZEVIC, Juan Paulo Haye. *Interpretação dos contratos:* os limites de cobertura dos planos de saúde. 2020. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

CAMPBELL, David. Ian Macneil and the relational theory of contract. *In: The relational theory of contract:* selected works of Ian Macneil. London: Thomson Reuters, 2001. p. 3-58.

CECHIN, José. Fatos da vida e o contorno dos planos de saúde. *In:* CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (org.). *Planos de saúde:* aspecto jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 195-225.

EWALD, François. A concept of social law. *In:* TEUBNER, Gunther (org.). *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlin: European University Institute, 1988, p. 40-75.

EWALD, François. *The values of insurance*. Grey Room, Cambridge, v. 74, p. 120-145, 2019.

KIMEL, Dori. The choice of paradigm for theory of contract: reflections on the relational model. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 27, n. 2, p. 233-255, 2007.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Contrato previdenciário como contrato relacional. *In: Ensaios de direito privado e social:* contratos, meio ambiente e tutela coletiva. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 81-99.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Regulação no setor de telecomunicações e o direito do consumidor. *In: Ensaios de direito privado e social:* contratos, meio ambiente e tutela coletiva. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 197-206.

MACNEIL, Ian R. *O novo contrato social:* uma análise das relações contratuais modernas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

MORGAN, Bronwen; YEUNG, Karen. *An introduction to law and regulation:* text and materials. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

PROSSER, Tony. *The regulatory enterprise:* government, regulation, and legitimacy. Oxford: Oxford University Press, 2010.

SUNSTEIN, Cass R. *After the rights revolution:* reconceiving the regulatory state. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

Covid-19: a telemedicina e o dever de informação ao paciente – consumidor em isolamento social. Eticidade e eficiência no atendimento médico a distância. Novos desafios

Andreia Maura Bertoline Rezende de Lima[1]
Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução; 2. A telemedicina: um aparato tecnológico a serviço da saúde do ser humano e da coletividade – breve exposição do conceito e legislação em vigor; 3. O atendimento médico a distância e os princípios éticos da beneficência e da não maleficência: o compromisso com a saúde e o cuidado do paciente em primeiro plano; 4. A relação médico-paciente: a prestação de um serviço alicerçado na empatia, confiança e respeito mútuo; 5. O dever de informação ao paciente-consumidor em isolamento social (Covid-19) – eticidade e eficiência no atendimento a distância: novos desafios; 6. Conclusão; 7. Referências.

1. Introdução

O desenvolvimento da tecnologia na medicina é inconteste e tem contribuído para o aprimoramento e atualização do conhecimento técnico-científico do profissional habilitado para o exercício da profissão.

A investigação científica e o compartilhamento de dados entre os profissionais de medicina despertam o interesse pela utilização da

---

[1] Doutora em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC/SP. Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC/SP. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura. Especialista em Direito Médico pela Faculdade Verbo Educacional. Professora do Curso de Especialização em Direito do Consumidor da Escola Paulista da Magistratura.

telemedicina, ferramenta tecnológica de comunicação e informação a distância.

Em respeito à dignidade da pessoa humana, que constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, disposto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal vigente, o cuidado à saúde (proteção e promoção), deve preceder o nascimento e estender-se até o óbito.

O cenário caótico do sistema de saúde pátrio reforça a importância do cuidado efetivo e eficaz em serviços básicos de saúde, visando, assim, aprimorá-los de forma a minimizar a desigualdade cultural e socioeconômica dos cidadãos.

Em face dessas vicissitudes, a telemedicina é um recurso tecnológico facilitador do intercâmbio de informações entre os profissionais médicos e na relação destes com os pacientes, em especial no enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da Covid-19.

O trabalho em comento trata da telemedicina, na modalidade da teleconsulta, como forma de resguardar a coletividade da propagação descontrolada do vírus Sars-CoV-2 nesta situação excepcional de pandemia.

A colocação do tema proposto requer, inicialmente, breve exposição sobre o conceito de telemedicina e sobre a legislação vigente que a norteia, prosseguindo com a reflexão do exercício da profissão de médico e os princípios bioéticos da beneficência e da não maleficência. Em sequência, enfatiza-se a relação médico/paciente e os seus pilares de sustentação, que compreendem a empatia, a confiança e o respeito mútuo, analisados no contexto de isolamento social causado pelo surto da Covid-19, que inviabiliza o contato pessoal do paciente com o profissional que o atende.

Nessa esteira, será também abordado o dever de informação (artigo 6º, inciso III e artigo 31 do CDC), que certamente enfrenta novos desafios com a adoção do atendimento médico a distância. A facilidade do acesso célere proporcionado pela tecnologia não afasta e tampouco diminui o compromisso ético e a responsabilidade do profissional de prestar ao paciente-consumidor em isolamento social um serviço de qualidade, com diagnóstico efetivo,

acompanhado de informações adequadas, claras, precisas e verídicas sobre as alternativas terapêuticas disponíveis, seus respectivos riscos e benefícios.

2. Telemedicina: um aparato tecnológico a serviço da saúde do ser humano e da coletividade – breve exposição do conceito e legislação em vigor

No ano de 1977, a *Organização Mundial da Saúde (OMS)*,[2] organismo sanitário internacional integrante da Organização das Nações Unidas (ONU), assim definiu o conceito de telemedicina:

> é a oferta de serviços ligados aos cuidados com a saúde, nos casos em que a distância ou o tempo é um fator crítico. Tais serviços são providos por profissionais da área de saúde, usando tecnologias de informação e de comunicação (TIC) para o intercâmbio de informações.

Em 1999, a *Declaração de Tel Avi*v sobre responsabilidades e normas éticas na utilização da telemedicina (adotada pela 51ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial em Tel Aviv, Israel, em outubro de 1999),[3] por seu turno, definiu a telemedicina como o "exercício da medicina à distância, cujas intervenções, diagnósticos, decisões de tratamentos e recomendações estão baseadas em dados, documentos e outra informação transmitida através de sistemas de telecomunicação."

No Brasil, o *Conselho Federal de Medicina (CFM)*, que disciplina o exercício do profissional médico, com supedâneo na Declaração de Tel Aviv e nas Resoluções CFM nºs. 1.638/2002 e 1.639/2002 (normas para transmissão de dados identificados) e Resolução CFM nº 1.627/2001 (definição e regulamentação do ato médico), expediu a *Resolução CFM nº 1.643/2002*,[4] publicada no *Diário Oficial da União* de 26 de agosto de

---

[2] Disponível em: https:/www./sei.ans.gov.br//controlador.php?acao=documento_imprimir_web&acao_origem=arvore_visualizar&id_documento=16680896&infra_sistem. Acesso em: 21 maio 2020.
[3] Disponível em: https://www.dhnet.org.br/direitos/codetica/medica/27telaviv.html. Acesso em: 21 maio 2020.
[4] Disponível em: https://bit.ly/30bfil0. Acesso em: 21 maio 2020.

2002, que regulamentou a telemedicina, definiu e disciplinou a prestação de seus serviços.

Em seu artigo 1º, a telemedicina é conceituada como "o exercício da Medicina através da utilização de metodologias interativas de comunicação audiovisual e de dados, com o objetivo de assistência, educação e pesquisa em Saúde."

Os serviços prestados através da telemedicina necessitam de infraestrutura tecnológica adequada, com observância rigorosa às normas técnicas do Conselho Federal de Medicina pertinentes à guarda, manuseio, transmissão de dados, confidencialidade, privacidade e garantia do sigilo profissional (art. 2º da Resolução CFM nº 1.643/2002). O prontuário médico pertence ao paciente, pois trata-se do relato das informações sobre sua saúde.

No caso de emergência, pode ser prestado suporte diagnóstico e terapêutico (art. 3º, idem). Ressalte-se, entretanto, que a responsabilidade profissional do atendimento é do médico-assistente, sem o descarte da responsabilização de terceiros, na proporção de suas contribuições por eventual dano causado ao paciente (art. 4º, idem).

Com a pandemia da Covid-19 e a necessidade do distanciamento social, medidas para o enfrentamento da emergência foram adotadas pelas autoridades públicas e dispostas no artigo 3º da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.[5] A utilização em caráter excepcional e temporário da telemedicina foi autorizada por meio da Portaria do Ministério da Saúde nº 467, de 20 de março de 2020,[6] após ofício do Conselho Federal de Medicina (CFM) nº 1756/2020,[7] reconhecendo a possibilidade e a eticidade da utilização da telemedicina em caráter excepcional e enquanto durasse o combate ao contágio da Covid-19.

Em 15 de abril de 2020, foi sancionada a Lei nº 13.989,[8] que autoriza, em caráter emergencial, o uso da telemedicina durante a crise causada pelo coronavírus (art. 2º) e define, em seu artigo 3º, o cuidado

---

[5] Disponível em: https://bit.ly/3cD8B6K. Acesso em: 21 abr. 2020.

[6] Disponível em: https://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Portaria/PRT/ Portaria nº 467-20-ms.htm. Acesso em: 30 mar. 2020.

[7] Disponível em: https://bit.ly/2Hs7hYL. Acesso em: 20 abr. 2020.

[8] Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L13989.htm. Acesso em: 20 abr. 2020.

a distância como “o exercício da medicina mediado por tecnologias para fins de assistência, pesquisa, prevenção de doenças e lesões e promoção de saúde.”

Nesse momento, a funcionalidade do sistema a distância tem por escopo o isolamento social para o resguardo da saúde dos profissionais da área médica, pacientes, familiares e gestores, de modo a evitar o deslocamento ao hospital ou consultório médico, fator considerado como risco de contágio pelo coronavírus e sua disseminação.

No entender de Alcion Alves Silva (2009, p. 273):

> A telemedicina reduz o custo, o tempo e o transporte de pacientes, inclusive em casos emergenciais, pois o contato com o médico é mais célere e, se o caso, o paciente não necessita ser transferido para centros de referência ou internado em hospitais, podendo ser atendido em sua própria comunidade.

O atendimento remoto também constitui um facilitador de ampliação de assistência à saúde em regiões cujo acesso é deficitário e, portanto, a disponibilidade de profissionais especialistas torna-se limitada ou até impossível.

A impossibilidade da realização do exame físico do paciente durante a consulta (art. 4º), porém, é um desafio a ser enfrentado, sob pena de se descaracterizar o caráter emergencial do uso da telemedicina previsto na Lei nº 13.989/2020, o que será analisado a seguir.

3. O atendimento médico a distância e os princípios éticos da beneficência e da não maleficência: o compromisso com a saúde e o cuidado do paciente em primeiro plano

Dentre os princípios fundamentais do Código de Ética Médica (Resolução do CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018),[9] “a medicina

---

[9] Disponível em: <https://www.portal.cfm.org.br> cem2019. Acesso em: 30 maio 2020.

será exercida com a utilização dos meios técnicos e científicos disponíveis que visem aos melhores resultados" (XXVI), sendo expressamente *vedado* ao médico a não utilização de todos os meios disponíveis de promoção de saúde e de prevenção, diagnóstico e tratamento de doenças, reconhecidos cientificamente e a seu alcance, em benefício do paciente (art. 32).

O avanço científico-tecnológico na área da medicina é inconteste, o que possibilita, por meio da ferramenta da telemedicina, atendimento mais célere e com relativa segurança em situações de emergência, de modo a evitar o deslocamento do paciente à clínica médica ou nosocômio e a sua exposição a agentes nocivos, incluindo o coronavírus, causador de infecção viral de rápida e ampla disseminação.

Não obstante a celeridade e a segurança propiciadas pelo atendimento médico a distância, o compromisso do profissional com a saúde e o cuidado do paciente devem ser colocados em primeiro plano para o atendimento de suas necessidades individuais, analisadas dentro de um contexto interno, isto é, de sua condição de vida, de seus valores e crenças e, externo, como a sociedade em que se encontra inserido, nela sujeito a riscos de enfermidades causadas por agentes patogênicos.

O compromisso com a saúde e o cuidado do paciente compreendem o diferencial da prestação de serviços de saúde com qualidade, como bem assenta Roseni Pinheiro (2009) ao tratar do *Cuidado em Saúde:*

> 'Cuidado em saúde' é o tratar, o respeitar, o acolher, o atender o ser humano em seu sofrimento – em grande medida fruto de sua fragilidade social –, mas com a qualidade e resolutividade de seus problemas. O 'cuidado em saúde' é uma ação integral fruto do 'entre-relações' de pessoas, ou seja, ação integral como efeitos e repercussões de interações positivas entre usuários, profissionais e instituições, que são traduzidas em atitudes, tais como: tratamento digno e respeitoso, com qualidade, acolhimento e vínculo.

A despeito de inovações tecnológicas que possam proporcionar um impacto significativo a curto prazo para o restabelecimento do

equilíbrio da saúde do paciente, o conhecimento técnico-científico do profissional somado aos equipamentos, procedimentos e medicamentos à sua disposição devem ser utilizados com o escopo precípuo de assegurar o bem-estar físico, mental e social e o cuidado efetivo do paciente observado na sua individualidade e integralidade, conforme o pensamento do médico William Osler (1849-1919) (LOPES; LICHTENSTEIN, 2007): “O bom médico trata as doenças, mas o grande médico trata o paciente”.

O cuidado efetivo do paciente não se resume apenas e tão somente ao alívio da dor e do desconforto que o levaram à procura de atendimento médico, pois o contato com o profissional pode ir além do simples relato dos sintomas que afligem o paciente, de modo a estabelecer uma comunicação que propicie o cuidado continuado e comprometido com o seu bem-estar físico, mental e social.

Na mesma esteira, Pendleton *et al*. (2011, p. 14) ensinam: “O cuidado médico é parte da vida, e cada consulta tem um contexto. A sequência de eventos que levam a uma consulta afeta seu conteúdo. A consulta, por sua vez, tem seu impacto e influencia eventos subsequentes para o médico e o paciente”.

A avaliação médica necessita de um histórico clínico (anamnese), direcionado ao conhecimento do conjunto de fatores causadores da patologia, seguido do exame físico, que no caso do atendimento a distância, na modalidade teleconsulta, torna-se prejudicado.

A verificação de eventuais exames complementares apresentados na ocasião da consulta a distância não obsta a solicitação de outros que o médico entender necessários à obtenção do diagnóstico e ao estabelecimento de diretrizes para a intervenção clínica que entender apropriada e que deverão ser anotados no prontuário eletrônico do paciente, com o devido resguardo da sua dignidade e individualidade.

É de se notar que a abordagem clínica, desde o início, interliga-se aos princípios bioéticos da beneficência e da não maleficência direcionando a atuação do profissional que irá utilizar o seu conhecimento técnico-científico em benefício do paciente, abstendo-o da exposição à situação de riscos desnecessários que possam comprometer o seu bem-estar ou agravar o quadro clínico.

Preleciona Maria Helena Diniz (2017, p. 39):

> *O princípio da beneficência* requer o atendimento por parte do médico ou do geneticista aos mais importantes interesses das pessoas envolvidas nas práticas biomédicas ou médicas, para atingir seu bem-estar, evitando, na medida do possível, quaisquer danos. Baseia-se na tradição hipocrática de que o profissional da saúde, em particular o médico, só pode usar o tratamento para o bem do enfermo, segundo sua capacidade e juízo, e nunca para fazer o mal ou praticar a injustiça.

É oportuno destacar o posicionamento de Albert R. Jonsen, Mark Siegler e William J. Winslade (2012, p. 3), que avaliam a beneficência e a não maleficência como raciocínio da "razão risco-benefício":

> os princípios da beneficência e da não maleficência não apenas instruem o médico para ajudar e não prejudicar, mas também fundem-se para orientar a sua avaliação sobre quanto do risco é justificado pelo benefício pretendido. Um médico deve calcular esta "razão" e formatá-la em uma recomendação ao paciente, que irá, em última análise, avaliá-la à luz de seus próprios valores.

Dessume-se, pois, que a comunicação eficaz entre o médico e o paciente, alicerçada na empatia, confiança e respeito mútuo, é de suma importância para o compartilhamento de informações que possam diminuir as incertezas, evitar riscos e propiciar benefícios a curto e longo prazo, com o auxílio de inovações tecnológicas utilizadas de maneira racional e adequadas a cada caso específico.

4. A relação médico-paciente: a prestação de um serviço alicerçado na empatia, confiança e respeito mútuo

"A arte da medicina está em observar. Curar algumas vezes, aliviar em muitas vezes, consolar sempre." (Hipócrates)

A tecnologia pode atuar como grande aliada na obtenção de informações de dados do paciente, mas jamais substituirá o conforto,

a escuta, o olhar e o tocar, como bem pondera J. C. Ismael (2002, p.67):

> O paciente gosta e precisa ser olhado: quer ter a certeza de que existe para o médico, de que não é apenas mero portador de uma doença registrada numa ficha ou num arquivo de computador. Como a maioria das pessoas, o médico que esqueceu o significado do olhar precisa reaprendê-lo, consciente da enorme importância que tem para o paciente o fato de sentir-se parceiro dessa poderosa forma de comunicação que ganhou, na crescente utilização do computador, mais um inimigo. É uma cena patética: o médico 'informatizado', ao consultar o prontuário exibido no monitor, conduz a consulta hipnotizado por ele, enquanto o paciente, ansioso e desamparado, espera que lhe dirija o olhar.

O atendimento a distância é um facilitador da celeridade na busca de uma solução para um problema clínico apresentado pelo paciente, diante de uma situação emergencial que requer um isolamento social. A peculiaridade da situação, entretanto, não deve desconsiderar ou minimizar a importância da empatia, confiança e respeito mútuo que alicerçam a relação interpessoal entre o médico e o paciente, atuando como ferramentas de interação que viabilizam a transposição de eventuais dificuldades que possam surgir nesse processo de comunicação remoto.

O acolhimento e a atenção (saber ouvir) centrados na pessoa do paciente, com suas angústias e ansiedade diante do desequilíbrio que o atormenta, favorecem a exposição de sua intimidade ao profissional, de modo a contribuir para uma avaliação clínica acurada dos sinais e sintomas informados e a obtenção de um diagnóstico mais assertivo que possa direcionar à adequada intervenção médica.

Na relação médico-paciente, a qualidade técnica interligada à sensibilidade emocional do médico propicia a análise do paciente com a doença e não apenas a doença em si mesma. Colocar-se no lugar do outro (*empatia*) compreende a disposição para conhecê-lo e ajudá-lo no enfrentamento do desequilíbrio que o incomoda e que o leva a externar sentimentos de dor, insegurança, impotência, ansiedade,

frustrações, dentre outros, que requerem a atenção e a observação do profissional.

De acordo com Paula Costa Mosca Macedo (apud DINIZ, 2013, p. 199):

> Onde houver doença, sempre haverá a irradiação do universo emocional daquele que dela padece, podendo ser manifestação de sofrimento, desesperança, dor, preocupação, raiva e até negação da realidade, mas, inexoravelmente, o profissional será afetado por essas demandas emocionais e a elas responderá com sua própria subjetividade. A partir da empatia, pode-se criar um campo relacional de entendimento, evitando-se formas de reação mais primitivas por parte do profissional.

A sensibilidade do médico para entender a fragilidade do paciente diante do desequilíbrio que o incomoda solidifica o contato profissional e favorece a *confiança* na sua conduta, o que contribui para a exposição do desconforto que o aflige com sinceridade, naturalidade e respeito à sua individualidade.

Ensina Perestrello (1996, p. 96) que:

> É preciso respeitar a sua individualidade, sua pessoa, começando por ouvir o que a pessoa tem a dizer. Portanto, ao lado das perguntas referidas, as quais constituem o interrogatório dirigido, há que deixar o doente falar e — importantíssimo — ouvi-lo. Ouvi-lo, ainda que as declarações sejam dispersas e pareçam supérfluas, porque poderão proporcionar uma visão significativa da pessoa do doente.

O *respeito mútuo* alicerça o diálogo (saber ouvir e ser ouvido) na relação médico-paciente e reforça os vínculos de empatia e confiança no profissional, pois, segundo Gadamer (2006, p. 132-133): “a fala somente é o que ela é, quando for diálogo, quando houver uma troca recíproca entre pergunta e resposta”.

Nesse aspecto, Ildo Meyer (2016, p. 18), ao tratar da aproximação da filosofia clínica com a medicina, é enfático ao dispor:

> A ciência é objetiva, experimental, quantitativa, mas a experiência de adoecer é sensorial e qualitativa. Não há descrição física, por mais pormenorizada, capaz de capturar o interior da mente de uma pessoa, ou seja, é praticamente impossível reduzir o mental ao físico. Numa linguagem mais filosófica, só vai fazer sentido se for sentido.

Em suma, não obstante a subjetividade da dor e do sofrimento do paciente, uma relação de empatia, confiança e respeito mútuo favorece uma comunicação transparente e efetiva entre as partes, pois, como bem acentua Michel Foucault (2014, p. 100): "a doença nada mais é do que a coleção dos sintomas".

5. O dever de informação ao paciente (consumidor) em isolamento social (Covid-19) — eticidade e eficiência no atendimento médico a distância: novos desafios

No entendimento adotado pela mais balizada doutrina e jurisprudência pátria, prevalece a aplicação da lei consumerista à relação médico/paciente, destacando-se entre os direitos básicos do consumidor o dever de informação adequada e clara sobre produtos e serviços oferecidos, com a correta especificação de suas características, qualidade, preço e riscos que apresentem, dentre outros (art. 6º, III e artigo 31 do CDC).

A utilização da tecnologia de comunicação na área da saúde favorece a prestação de um serviço de assistência médica especializado ao paciente, com maior celeridade e assertividade do diagnóstico ante a disponibilidade de exames, procedimentos, equipamentos, instrumentos e medicamentos cada vez mais eficientes para o tratamento da enfermidade que o assola.

O acesso rápido às plataformas de mensagens ou às ferramentas para a realização de videoconferências, bem como a dispensa da locomoção do paciente à clínica médica ou ao hospital, otimizam o serviço

assistencial e auxiliam na operacionalização das medidas de emergência impostas para o enfrentamento da pandemia da Covid-19. Agregado a esses fatores positivos tem-se a redução de custos, que atua como estímulo à demanda pelo atendimento remoto.

A utilização dessa ferramenta digital, entretanto, não se restringe a pacientes com suspeita de Covid-19, o que justificaria, em tese, a excepcionalidade e a emergência para a dispensa do exame físico, inclusive com suporte no artigo 37, *caput*, do Código de Ética Médica.[10] Ocorre que a Portaria nº 467/2020 do Ministério da Saúde ampliou a utilização da telemedicina para contemplar o atendimento pré-clínico, de suporte assistencial, de consulta, monitoramento e diagnóstico (art. 2º), sem intermediários, pois o atendimento deve ser direto entre médico e paciente (art. 2º, § único), com a observância dos preceitos éticos de beneficência, não maleficência, sigilo das informações e autonomia (art. 3º, § único, I).

Em conformidade com as questões analisadas nos itens anteriores e sem pretensão de exaurir o estudo sobre o tema proposto e tampouco subestimar a necessidade da utilização da telemedicina para evitar a propagação do vírus da Covid-19, mister se faz o enfrentamento de novos desafios na comunicação entre o médico e o paciente, pois a proximidade física é de extrema valia para o conhecimento da intimidade e das peculiaridades do ser humano.

A situação de vulnerabilidade emocional do paciente diante do mal-estar que o acomete desperta sentimentos de impaciência e ansiedade que o motivam à busca de recursos tecnológicos da comunicação, em especial da internet, com a finalidade de obter informações relacionadas aos sintomas e às patologias em geral, em vez de recorrer à prestação de um serviço médico qualificado.

A falta de conhecimento técnico para o discernimento e a ponderação da qualidade do conteúdo assimilado pode favorecer distorções decorrentes de informações genéricas, precárias ou

[10] Art. 37. "Prescrever tratamento e outros procedimentos sem exame direto do paciente, salvo em casos de urgência ou emergência e impossibilidade comprovada de realizá-lo, devendo, nesse caso, fazê-lo imediatamente depois de cessado o impedimento, assim como consultar, diagnosticar ou prescrever por qualquer meio de comunicação de massa."

desvirtuadas sobre um determinado tema, propiciando a formação de ideias equivocadas e contrárias ao real contexto do mal que o aflige e que somente um profissional dotado de conhecimento técnico-científico poderá detectar.

Nesse contexto, o processo dialógico (ouvir e ser ouvido) a ser construído desde o primeiro contato entre o médico e o paciente e solidificado no decorrer da prestação da assistência médica enfrenta o desafio da decodificação das informações recebidas, diante da possibilidade de ideias preconcebidas pelo paciente, além da impessoalidade dos recursos eletrônicos e digitais disponibilizados para a realização de exames.

Antes de iniciar a consulta clínica e *ad cautelam,* o profissional deve prestar ao paciente as informações e os esclarecimentos necessários à utilização da telemedicina em caráter de excepcionalidade. No caso de concordância, o paciente deverá preencher e assinar o termo respectivo[11] para o prosseguimento da prestação do serviço médico remoto.

Nessas condições, propiciar um ambiente humanizado e acolhedor a distância, que transmita confiança ao paciente para externar os seus sentimentos com transparência e veracidade, bem como compartilhar seus sintomas e peculiaridades, também constitui um desafio a ser transposto para uma avaliação pormenorizada, um diagnóstico mais assertivo e direcionado a um tratamento específico, com os benefícios e riscos inerentes.

A participação ativa do paciente é de extrema valia no processo interativo com o médico, pois contribui para a coleta de dados pessoais confiáveis à elaboração do histórico clínico (anamnese) e para o armazenamento de informações específicas, mais completas e atualizadas no prontuário eletrônico, com o devido resguardo da integridade, segurança e sigilo das informações, observando-se o disposto na legislação em vigor.

Nas relações de consumo, Cláudia Lima Marques (2014, p. 841-842) assevera que a informação é um estado subjetivo, um processo

---

[11] Disponível em: https://www.cremego.org.br>id=28277:telemedicina-cremeg... Acesso em: 25 jun. 2020.

interativo que se denomina de comunicação. É um conteúdo (dados, conhecimentos, imagens, palavras, entre outros) e, acima de tudo, é um direito:

> Nas relações entre leigos e experts, consumidores e fornecedores, um dos agentes econômicos detém a informação, sabe algo, e pode comunicar este algo para o outro ou omitir, pode fazê-lo de boa-fé e lealmente, informando de forma completa, suficiente e adequada, informando sobre os riscos, os perigos, os efeitos, as chances e tudo o mais que for essencial para exercitar o seu direito de escolha; ou não informar, não compartilhar a informação que detém. Daí ser o dever de informar oriundo da boa-fé e altamente valorado na complexa sociedade de riscos e da informação contemporânea, uma maneira de o direito reequilibrar a relação de consumo.

Bruno Miragem (2014, p. 135) acompanha a eminente doutrinadora, acrescentando, ainda, que “a boa-fé objetiva, princípio do direito do consumidor (art. 4º, III, do CDC) impele o fornecedor ao cumprimento de um dever de informar qualificado, isto é, não basta apenas e tão somente o mero oferecimento de informações, sendo necessário a efetiva compreensão do consumidor”.

O dever de informação é um dever de conduta decorrente da boa-fé objetiva, que permeia todas as relações jurídicas. Diante desse contexto virtual, cumpre notar a importância do dever de informação na relação médico/paciente, cuja violação constitui infração ética prevista no artigo 34 do Código de Ética Médica,[12] sendo vedado ao médico deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento.

Como bem salienta João Vaz Rodrigues (2001, p. 23-24):

[12] Art. 34. “Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.”

> A par dos deveres de tratar, de agir segundo as leges artis, de organizar o processo clínico e de observar sigilo, na consecução do tratamento o médico deve respeitar o paciente, dever que se desdobra nos de informar, confirmar o esclarecimento e obter o consentimento.

A autodeterminação do paciente para decidir e consentir (consentimento informado) com qualquer intervenção médico-medicamentosa deve ser exercida com liberdade e esclarecimento, considerando a sua vulnerabilidade técnica diante do profissional. Com ética e eficiência, as informações transmitidas pelo profissional serão especificadas e detalhadas com adequação e clareza, respeitando-se a capacidade de compreensão e assimilação do paciente.

Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto (2019, p. 812) esclarecem que: “A autodeterminação do paciente só pode ser verdadeiramente exercida se as informações prestadas forem específicas para o caso do paciente, e não genéricas”.

O atendimento médico a distância apresenta novos desafios e a sua utilização requer extrema cautela, a fim de evitar responsabilização civil do profissional médico (artigo 14, § 4º, do CDC) por eventual dano (patrimonial e extrapatrimonial) que o paciente venha a suportar ante a falha no dever de informação do diagnóstico da doença e de potenciais riscos de seu tratamento.

6. Conclusão

Em 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou que o surto do novo coronavírus constituía emergência de saúde pública de importância internacional.

Em 11 de março de 2020, a doença foi caracterizada como uma pandemia, espalhando-se por diversas regiões do planeta, oportunidade em que o descaso com os sistemas de saúde foi exposto ao mundo, causando impactos consideráveis à sociedade ante a sua vulnerabilidade perante o desconhecido vírus Sars-CoV-2 (agente etiológico da Covid-19), em termos de tratamento efetivo de prevenção e controle da doença.

O descontrole da propagação da doença conscientizou as autoridades e os cidadãos da necessidade de adotar medidas extremas para evitar a expansão do contágio do vírus Sars- CoV-2, dentre elas, o isolamento social em benefício do bem comum, uma vez que todos os membros da comunidade são passíveis de contrair o vírus letal.

Diante desse cenário de isolamento social, causado pela pandemia da Covid-19, tornou-se necessário estabelecer estratégias voltadas à gestão do atendimento à saúde com segurança ao profissional médico e ao paciente, durante a pandemia da Covid-19, visando minimizar contatos interpessoais facilitadores da disseminação da doença.

Em caráter excepcional e temporário, a telemedicina foi legalmente autorizada para contemplar o atendimento pré-clínico, de suporte assistencial, consulta, monitoramento e diagnóstico realizado a distância com pacientes que apresentem ou não sintomas de infecção da Covid-19.

Com celeridade e redução de custos, os avanços da tecnologia da informação e comunicação (TIC) na área da saúde disponibilizam a utilização de recursos eletrônicos e digitais voltados à avaliação clínica detalhada e personalizada.

Nada obstante as “facilidades” elencadas, a relação interpessoal entre o médico e o paciente, fundamentada no compromisso com o cuidado à saúde, deve priorizar o interesse pelo outro, o que envolve a empatia, a confiança e o respeito mútuo, que constituem os pilares de sustentação da relação médico/paciente.

A telemedicina enfrenta o desafio da distância, que impede o exame físico, o desafio da impessoalidade do mundo digital, o desafio da proteção à confidencialidade do paciente armazenada no seu prontuário eletrônico e o desafio do dever de informação, um direito básico do paciente-consumidor, que há de ser preservado dentro dos parâmetros retilíneos de adequação, clareza, veracidade, precisão e completude, respeitando-se a sua dignidade e autonomia do consentir e aderir ao tratamento proposto, com seus riscos e benefícios. Cada indivíduo tem corresponsabilidade por sua saúde e pela escolha do seu modo de viver, o que, consequentemente, influenciará no bem-estar da coletividade.

Em que pese o caráter excepcional e temporário da utilização da telemedicina escudada na mais avançada tecnologia, em caso de

dúvida, o paciente deve ser orientado a buscar consulta presencial para avaliação de sinais e sintomas e posterior adoção de medidas terapêuticas necessárias, pois a prestação do serviço médico a distância não pode ser banalizada e deve primar pela ética e eficiência, de modo a evitar falhas que possam causar dano ao paciente e posterior responsabilização do profissional.

Referências

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO; Felipe Peixoto. *Curso de direito civil:* responsabilidade civil. 6. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019.

FOUCAULT, Michel. *O nascimento da clínica.* 7. ed. Tradução: Roberto Machado. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

GADAMER, Hans-Georg. *O caráter oculto da saúde*. Tradução: Antônio Luz Costa. Rio de Janeiro: Vozes, 2006.

ISMAEL, J. C. *O médico e o paciente:* breve história de uma relação delicada. São Paulo: T. A. Queiroz, 2002.

JONSEN, Albert R.; SIEGLER, Mark; WINSLADE, William J. *Ética clínica:* abordagem prática para decisões éticas na medicina clínica. 7. ed. Tradução: Ananyr Porto Fajardo. Porto Alegre: AMGH, 2012.

LOPES, Anselmo Dantas; LICHTENSTEIN, Arnaldo. William Osler. *Medicina e Cultura,* São Paulo, v. 86, n. 3, p. 185-188, 2007.

MACEDO, Paula Costa Mosca. Relacionamentos interpessoais na área da saúde. *In:* DINIZ, Denise Pará (coord.). *Guia de qualidade de vida:* saúde e trabalho. 2. ed. São Paulo: Manole, 2013.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor:* o novo regime das relações contratuais. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEYER, Ildo. *Visita de médico:* uma aproximação entre a filosofia clínica e medicina. Rio de Janeiro: Vozes, 2016.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PENDLETON, David *et al*. *A nova consulta:* desenvolvendo a comunicação entre o médico e paciente. Porto Alegre: Artmed, 2011.

PERESTRELLO, Danilo. *A medicina da pessoa*. 4. ed. São Paulo: Atheneu, 1996.

PINHEIRO, Roseni. *Cuidado em saúde*. Dicionário da Educação Profissional em Saúde, Rio de Janeiro, c2009. Disponível em: http://www.sites.epsjv.fiocruz.br/dicionario/verbetes/cuisau.html. Acesso em: 27 abr. 2016.

RODRIGUES, João Vaz. *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português (elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente)*. Portugal: Coimbra, 2001.

SILVA, Alcion Alves. *Prática clínica baseada em evidências na área da saúde*. São Paulo: Santos Editora, 2009.

Incorporação imobiliária e contrato de compromisso de compra e venda em tempos de pandemia da Covid-19

Francisco Eduardo Loureiro
Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

1. Delimitação do tema

Inicialmente agradeço o convite que me foi formulado pela Coordenadoria de Direito do Consumidor da Escola Paulista da Magistratura, por seus coordenadores Desembargador Sérgio Shimura e Juiz de Direito Alexandre David Malfatti, para escrever breve texto sobre o contrato de compromisso de unidades autônomas futuras no regime da Lei 4.591/64 e os efeitos da circunstância superveniente da pandemia Covid-19.

Peço escusas antecipadas pela singeleza do texto. Em razão da pandemia, estou cumprindo isolamento em sítio fora de São Paulo, longe de minha biblioteca, o que explica ausência de maior aprofundamento, desejável em conceitos e qualificações jurídicas.

Este estudo não abrange todo e qualquer contrato de compromisso de compra e venda, sem dúvida o mais popular dos contratos imobiliários do país. Nosso Código Civil (CC) regula o gênero contratos preliminares nos arts. 462 a 466. Regula, mais, o direito real de aquisição de promitente comprador com título levado ao Registro Imobiliário, nos arts. 1.417 e 1.418. Não regula, porém, em falha imperdoável, o contrato de compromisso de compra e venda, espécie mais importante do gênero contrato preliminar.

A regulação do contrato de compromisso de compra e venda se encontra esparsa em várias leis especiais. Pode-se afirmar que tem, hoje, tríplice regime jurídico, com regras distintas entre si, de acordo

com a natureza do imóvel. O primeiro regime é o dos imóveis urbanos loteados, regulados pela Lei n. 6.766/79. O segundo regime jurídico é o dos imóveis não loteados, regulados por partes de diversas leis especiais, o que em nada facilita o seu estudo. Aplicam-se determinados dispositivos relativos à adjudicação, constituição em mora e resolução do Decreto-Lei n. 58/37, que originalmente regulava apenas os imóveis loteados até o advento da Lei n. 6.766/79. Por força de diversas leis posteriores (Lei n. 649/49, Lei n. 4.380/64 e Dec. n. 745/69), determinadas regras se estenderam aos imóveis não loteados. O terceiro e último regime jurídico é o dos imóveis em incorporação imobiliária, regulado pela Lei n. 4.591/64, que trata da aquisição de unidade autônoma futura, a construir ou em construção.

Somente o terceiro e último regime jurídico — promessa de aquisição de unidade autônoma futura — será objeto deste estudo.

2. As prestações devidas pelos contratantes no contrato incorporativo

Negócio incorporativo é o ponto culminante da incorporação imobiliária já levada ao registro imobiliário. O incorporador promete vender ao promissário comprador unidade autônoma futura, a construir ou em construção, vinculada à fração ideal de terreno.

Numa visão tradicional do contrato preliminar, a prestação principal e comum de ambas as partes será a de consentir na celebração do contrato definitivo, um *facere* juridicamente fungível, pois passível de substituição por sentença em ação de adjudicação compulsória.

Além da obrigação acima referida, o promissário comprador tem como prestação principal a de pagar o preço convencionado, que se qualifica como dar coisa incerta (arts. 243, 315 e seguintes do Código Civil),

O incorporador, por seu turno, tem como obrigação principal a de entregar coisa certa, consistente de uma unidade autônoma devidamente discriminada e individualizada (art. 233 e seguintes do Código Civil). A entrega não é somente física, com disposição das chaves, mas também jurídica, com expedição do "habite-se" seguida de instituição

do condomínio edilício e atribuição de unidades autônomas (art. 1.332 do Código Civil).

Não resta dúvida que a prestação de dar coisa certa pressupõe necessariamente um prévio *facere*, a princípio infungível, consistente com erguer a edificação e promover a sua regularização junto aos órgãos administrativos competentes e ao Oficial de Registro de Imóveis. Somente após tais providências a entrega da unidade se considera física e juridicamente perfeita.

Resta saber como os efeitos da pandemia podem alterar ou impossibilitar temporária ou definitivamente as prestações devidas pelos contratantes.

3. A qualificação jurídica da pandemia e de seus efeitos nos contratos em geral

A pandemia da Covid-19 nos contratos em geral pode ser indiferente ou, ao contrário, consistir de fato jurídico e produzir efeitos absolutamente diversos sobre as prestações devidas pelas partes: pode gerar desequilíbrio contratual, ou gerar a extinção pela frustração do contrato, ou se qualificar como fortuito externo, a impedir temporária ou definitivamente o cumprimento da prestação e afastar os efeitos da mora.

Dizendo de outro modo, a pandemia da Covid-19 não é abstratamente causa extintiva dos contratos, muito menos leva necessariamente à revisão das prestações devidas pelos contratantes. Não há salvo-conduto geral e *a priori* dos devedores. Insuficiente a alegação do fato notório da pandemia e genericamente a dificuldade ou impossibilidade de cumprimento da prestação para dela se livrar, ou obter redução ou mudança no tempo e modo de cumprimento.

Certas prestações em determinados tipos contratuais serão afetadas de modo absolutamente diferente pela pandemia.

Determinada apresentação de uma orquestra sinfônica se tornou impossível durante certo período. Se não houver agenda disponível da orquestra ou da sala de espetáculos, a impossibilidade se tornará permanente e levará à extinção do contrato sem composição de perdas e danos, por ausência de fato imputável a qualquer dos contratantes.

Contratos de locação comercial de imóveis voltados a atividades não essenciais, proibidas durante certo período, poderão ter a sua base objetiva afetada, com revisão das prestações devidas, com fundamento no artigo 317 do Código Civil. A impossibilidade de utilização plena do prédio, acompanhada de queda do faturamento do locatário, poderá levar à redução parcial e temporária do aluguel.

Ainda em um único tipo contratual as prestações devidas pelos contratantes poderão sofrer efeitos absolutamente distintos, a depender das circunstâncias do caso concreto. Tome-se como exemplo a locação comercial de uma farmácia ou de um supermercado, atividades essenciais preservadas pela crise sanitária, e a locação de loja no interior de shopping center, um bar, um restaurante ou uma casa de espetáculos, que permaneceram fechadas por determinação da autoridade administrativa.

Dizendo de outro modo, a pandemia da Covid-19 é fato notório, mas não os seus efeitos sobre os contratos. Deve ser provado pelo devedor que em determinado tipo contratual e, mais no caso concreto, a prestação se tornou impossível (temporária ou permanente), ou excessivamente onerosa, afetando a base objetiva do negócio, ou o objeto do contrato se frustrou, porque deixou de ser uma relação negocial dotada de sentido.

O ônus de demonstrar os efeitos da pandemia sobre a relação negocial em concreto cabe ao devedor, sendo insuficiente a alegação genérica de crise econômica ou de dificuldades em abstrato de cumprimento da prestação.

Resta saber quais os efeitos da pandemia sobre as prestações devidas pelas partes no negócio incorporativo.

4. Os efeitos da pandemia sobre o negócio incorporativo: a prestação devida pelo incorporador

A prestação de dar coisa certa, antecedida de obrigação de fazer — erguer a edificação e promover a sua regularização — pode, ou não, ser afetada pela crise sanitária, a depender das circunstâncias do caso concreto.

Em determinados municípios ou Estados da Federação, a atividade de construção civil foi considerada não essencial, e sua paralisação

determinada por ato administrativo durante certo período. Sem dúvida será — demonstrado tal fato — causa de postergação do termo de entrega da obra por período correspondente, afastados os efeitos da mora.

Pode-se questionar se o prazo de tolerância de seis meses no máximo, desde que previsto de modo expresso e claro no contrato, cuja licitude foi reconhecida em sede de recursos repetitivos pelos tribunais,[1] já embute possível atraso de obra em razão da pandemia. A resposta é negativa. O prazo de tolerância, com a natureza de prazo suplementar expressamente ajustado pelas partes levando em conta a complexidade da prestação de entrega de um edifício, não alcança a paralisação por efeito de fortuito externo, em razão de imposição estatal. A questão não é de culpa, uma vez que a entrega da obra gera responsabilidade objetiva da incorporadora, inerente ao risco de sua atividade, mas sim de rompimento do nexo de causalidade em razão de fortuito externo.

Pode ocorrer, ainda, de não ter havido paralisação em razão de *lockdown*, mas sim de outros fatores igualmente graves. A quebra da cadeia de suprimentos indispensáveis para levantamento da obra, por exemplo. Ou a contaminação por Covid-19 de operários no canteiro de obras, impondo quarentena obrigatória e paralisação da construção. São situações graves que, comprovadas de modo seguro pela incorporadora, podem configurar situação de fortuito externo e afastar os efeitos da mora.

Não pode se esquecer que o atraso de entrega da unidade autônoma provoca danos pela privação de uso por parte do promissário comprador.[2] Dano, portanto, existe. O que se discute é sobre quem recairá. Pode o promissário comprador alegar que não pode o dano recair inteiramente sobre seus ombros, em razão de atraso ao qual também não deu causa. A questão passa a ser, então, de alocação de riscos.

---

[1] TJSP, IRDR n. 0023203-35.2016.8.26.0000, Tema n. 01 — "É válido o prazo de tolerância, não superior a cento e oitenta dias estabelecido no compromisso de venda e compra para entrega de imóvel em construção, desde que previsto em cláusula contratual expressa, clara e inteligível".

[2] TJSP, RIDR n. 0023203-35.2016.8.26.0000, Tema n. 05 — "O atraso da prestação de entrega de imóvel objeto de compromisso de compra e venda gera obrigação da alienante indenizar o adquirente pela privação injusta do uso do bem. O uso pode ser calculado economicamente pela medida de um aluguel, que é o valor correspondente ao que deixou de receber, ou teve de pagar para fazer uso de imóvel semelhante, com termo final na data da disponibilização da posse direta ao adquirente da unidade autônoma já regularizada".

O que discutirão os tribunais nos próximos anos é se os danos decorrentes do atraso de entrega da obra por força da pandemia devem ser igualmente repartidos entre as partes, tomando como precedente o célebre julgamento do REsp 401021, Relator designado o Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Discutiu-se naquela oportunidade se os riscos supervenientes decorrentes de elevada variação cambial determinada pelo governo, deveriam ser suportados por apenas um dos contratantes. A conclusão foi a de que os riscos e os danos deveriam ser suportados igualmente entre os contratantes. Reproduzo a ementa do conhecido julgado, que certamente será invocado nestes tempos de pandemia:

> Variação cambial. Fato superveniente. Onerosidade excessiva. Distribuição dos efeitos. A brusca alteração da política cambial do governo, elevando o valor das prestações mensais dos contratos de longa duração, como o leasing, constitui fato superveniente que deve ser ponderado pelo juiz para modificar o contrato e repartir entre os contratantes os efeitos do fato novo. Com isso, nem se mantém a cláusula da variação cambial em sua inteireza, porque seria muito gravoso ao arrendatário, nem se a substitui por outro índice interno de correção, porque oneraria demasiadamente o arrendador que obteve recurso externo, mas se permite a atualização pela variação cambial, cuja diferença é cobrável do arrendatário por metade.

Parece razoável a solução acima, de que os danos provocados em razão da pandemia, desde que qualificados como fortuito externo a afastar os efeitos da mora da prestação de entrega da obra, não sejam suportados inteiramente pelos promissários compradores, privados do uno da coisa, mas sim repartidos igualmente entre os contratantes.

Discute-se também se o artigo 3º da recente Lei n. 14.010, de 10 de junho de 2020, que dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado no período da pandemia do coronavírus (Sars-CoV-2), incide sobre o prazo decadencial de ~~seis meses de desistência da incorporação, previsto no art. 34 da Lei~~ 4.591/1964.

Sabido que o incorporador, desde que expresso no contrato e no registro imobiliário da incorporação, pode desistir unilateralmente do empreendimento no prazo decadencial de seis meses, segundo o art. 34 da Lei 4.591/1964, sucede que o art. 3º da Lei 14.010/2020 impediu ou suspendeu os prazos prescricionais e decadenciais até 30 de outubro de 2020.

Indaga-se, portanto, se os prazos de desistência da incorporação estariam automaticamente suspensos. A resposta é negativa. Nítido que o escopo do art. 3º da Lei 14.010/20 foi suspender o *exercício judicial* de direitos potestativos, evitando que o acesso mais difícil aos tribunais em tempo de isolamento social e fechamento de prédios acarretassem a perda de direitos pela decadência. Tome-se como exemplo o ajuizamento de ação por vícios redibitórios, ou de ação de anulação de negócio jurídico por vício de consentimento.

O prazo de desistência da incorporação é peremptório e contínuo, com natureza de direito potestativo, mas prazo extrajudicial. De modo simétrico, o prazo de 7 dias de desistência do consumidor, previsto no art. 49 da Lei 8.078/1990, também estaria suspenso ou impedido até 30 de outubro de 2020, o que geraria indesejável insegurança jurídica. Referidos prazos fluem normalmente durante a pandemia, porque são decadenciais, mas extrajudiciais.

Nada impede que o incorporador, desde que alegue e prove que a pandemia alterou substancialmente o ambiente de negócios e a viabilidade econômica do empreendimento, peça judicialmente a prorrogação do prazo de desistência.

5. Os efeitos da pandemia sobre o negócio incorporativo: a prestação devida pelo promissário comprador

O promissário comprador, além da prestação de prestar consentimento no contrato definitivo de compra e venda da unidade pronta, tem a obrigação de pagar o respectivo preço nas datas convencionadas.

A prestação pecuniária é de dar coisa incerta, nos termos do artigo 243 e seguintes do Código Civil, de tal modo que não pode, em tese, o devedor alegar a perda ou deterioração da coisa, ainda que por

caso fortuito ou força maior. No conhecido aforismo, o gênero nunca se perde.

Tal raciocínio se mostra demasiado simplista para momento de grave crise, ou seja, que a fungibilidade do dinheiro acarreta a impossibilidade de o devedor alegar caso fortuito ou força maior com o objetivo de afastar os efeitos da mora. Em termos mais simples, o dinheiro a ser pago não é carimbado, de modo que poderia o devedor obter o numerário por outra fonte.

Não é bem assim.

Discute-se os efeitos da pandemia da Covid-19 sobre a prestação de pagar o preço devido pelo promissário comprador: provoca o desequilíbrio contratual (art. 478 do CC), a destruição da base objetiva (art. 317 do CC) ou configura excludente de responsabilidade de caso fortuito e força maior?

A crise sanitária não afeta, salvo circunstâncias específicas, o equilíbrio do negócio incorporativo. O princípio do equilíbrio ou justiça contratual, como se sabe, parte de um critério paritário nos contratos onerosos e comutativos, de proporcional distribuição dos bens e dos riscos. Procura-se manter a relação de equivalência que se estabelece nas relações de troca, de forma que nenhuma das partes dê mais nem menos do que recebeu. Os benefícios que se recebe são a adequada contrapartida dos sacrifícios que se assume. Deve haver equivalência entre prestação e contraprestação e entre ônus e riscos relacionados ao contrato.

Dificilmente se poderá alegar, salvo circunstâncias muito específicas, a teoria da imprevisão positivada pelos arts. 478 e seguintes do Código Civil. Isso porque a dificuldade ou impossibilidade de pagamento do preço em razão da crise causada pela pandemia não destrói o equilíbrio do negócio incorporativo, de natureza bilateral e comutativa. O sinalagma, a princípio, permanecerá intacto. O preço a ser pago continuará a corresponder ao valor da unidade a ser entregue. Além disso, faltará um dos requisitos cumulativos previstos no art. 478, qual seja a extrema vantagem para um dos contratantes, no caso o incorporador. Nada ganhou o empreendedor com a crise sanitária. A equação econômica do contrato não passou a pender de modo favorável somente para um dos lados.

Ressalvei no parágrafo anterior que circunstâncias excepcionais (que não ocorreram até o momento em que escrevo este texto) podem

levar ao desequilíbrio do contrato e aplicação da teoria da imprevisão. Basta imaginar que, em razão da crise econômica resultante da pandemia, desabem os preços dos imóveis em construção. Nessa hipótese, alguém que contratou antes da pandemia poderia alegar e provar que o preço convencionado, em razão de fato superveniente e imprevisível, é muito superior ao preço atual de mercado da unidade. Somente em tal situação — que não ocorreu até o momento — é que se cogitaria de aplicação da teoria da imprevisão.

De igual modo, será difícil a prova de que em razão da pandemia foi destruída a base objetiva do negócio jurídico, na forma do art. 317 do Código Civil,[3] ou art. 6º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor.[4] Isso porque, na definição clássica de Karl Larenz, a base se quebra quando desaparece o conjunto de circunstâncias e o estado geral das coisas, cuja existência ou subsistência é objetivamente necessária para que o contrato, segundo o significado das intenções de ambos os contratantes, possa subsistir como regulação dotada de sentido.[5] Mais uma vez, repete-se que eventuais dificuldades econômicas do cumprimento da prestação pecuniária não levam à destruição da base objetiva do negócio jurídico.

Discute-se os efeitos econômicos da pandemia se qualificarem como excludentes de responsabilidade de caso fortuito e força maior.[6] Isso porque tradicionalmente fatos pessoais, em especial dificuldades econômicas, insolvência ou desemprego, não configuram excludentes.[7] São fatos ligados à própria pessoa do devedor ou de sua empresa.

Parece, porém, que a pandemia da Covid-19 e seus efeitos profundos sobre as relações econômicas podem alterar tal entendimento.

---

[3] Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure quanto possível o valor real da prestação.

[4] São direitos do consumidor: V — a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

[5] LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Granada: Comares, 2002, p. 211.

[6] Art. 393: O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

[7] STJ REsp 819519.

O desemprego ou a insolvência deixam de ser um risco assumido por qualquer um que contrata obrigação de execução diferida no tempo, uma vez que, em tempos normais, ciclos econômicos de prosperidade e de depressão são previsíveis e até mesmo prováveis, de modo que seus efeitos podem ser evitados. Agora se está diante de um fato novo, imprevisível e necessário — pandemia da Covid-19 — que pode gerar em determinados segmentos efeitos econômicos irresistíveis, que afetam o cumprimento de certas prestações.

A paralisação forçada de determinadas atividades econômicas por ato de autoridade administrativa caracteriza fortuito externo e pode levar como efeito inevitável a insolvência de empresários e a demissão de seus empregados.

Disso decorre que em determinados contratos, a serem analisados à luz das circunstâncias do caso concreto, possa o promissário comprador alegar e provar (o ônus de prova cabe ao devedor) que se encontra impossibilitado de cumprir a prestação de pagamento do preço. Provará tal fato pelos mais variados meios, por exemplo, mediante juntada de suas declarações de imposto de renda, extratos bancários e correspondência de instituições financeiras negando financiamento da parcela das chaves.

O que importa destacar é a insuficiência da alegação em abstrato da existência de crise sanitária, que, aliás, constitui fato notório, e de consequentes dificuldades financeiras. Nem todas as atividades econômicas foram afetadas de modo negativo, nem todas as reservas financeiras foram consumidas. Volta-se ao que foi dito no início do texto: a pandemia não é *a priori* salvo-conduto geral para o descumprimento da palavra empenhada.

Os efeitos deletérios da pandemia no negócio incorporativo não se darão no plano do desequilíbrio contratual, uma vez que as prestações recíprocas mantiveram a relação original de equivalência, mas sim na impossibilidade dos promissários compradores de cumprimento da obrigação de pagamento do preço.

Resta analisar as consequências da impossibilidade do promissário comprador de pagar o preço da unidade futura.

A impossibilidade de cumprimento da prestação pecuniária, ainda que o fato não seja imputável ao promissário comprador, pode afastar os efeitos da mora, em especial a composição de perdas e danos, mas levará inexoravelmente à extinção do contrato por resolução.

Óbvio que não poderá o promissário comprador que não consegue pagar o preço exigir que o incorporador lhe entregue a unidade autônoma, ou que o contrato seja mantido, ou o abatimento do valor da unidade.

Pode o promissário comprador impossibilitado de pagar o preço em razão da pandemia tomar a iniciativa de pedir a resolução do contrato. O negócio incorporativo contrato não é – salvo previsão expressa – daqueles que admitem arrependimento unilateral por uma das partes. Isso porque não há previsão legal para tal modalidade de extinção unilateral e nem o tipo contratual tem como elemento a fidúcia (tal como ocorre no mandato) ou então prazo indeterminado.

A distinção fundamental entre a resilição (arts. 472 e 473 CC) e a resolução (arts. 474/475 e 478/481 CC), por expressa opção do legislador, encontra-se na causa da extinção do contrato: a primeira fundada na vontade e a segunda no inadimplemento ou na onerosidade excessiva.

Normalmente quem pede a resolução é o credor, que opta entre extinguir o contrato ou executar a prestação em face do devedor inadimplente.

Aponta Ruy Rosado de Aguiar Júnior, em caráter excepcional, possibilidade de resolução postulada pelo devedor em contratos de compromisso de compra e venda:

> ainda admissível a ação de resolução proposta pelo devedor quando caracterizada a impossibilidade temporária, desde que inimputável, determinante de situação duradoura e indefinida quanto à sua persistência, para o futuro. A extinção será reconhecida se demonstrado concretamente, pelos dados objetivos do negócio, que a demora fez desaparecer o interesse do credor, ou que a persistência do vínculo submete o devedor a situação intolerável.[8]

---

[8] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2011, v. 6, t. 2, p. 615.

Os tribunais passaram a admitir a resolução do contrato sob o seguinte fundamento, bem descrito por Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

> o devedor pode propor a demanda quando fundamentar o pedido na superveniente modificação das circunstâncias, com alteração da base objetiva do negócio, com base nos arts. 317 e 478 do Código Civil. É o que tem sido feito com muita intensidade relativamente aos contratos de longa duração para aquisição das unidades habitacionais, em que os compradores alegam a insuportabilidade das prestações, reajustadas por índices superiores aos adotados para atualização dos salários. Os tribunais de São Paulo foram os primeiros a admitir a procedência dessas ações, e seus acórdãos têm sido confirmados no Superior Tribunal de Justiça.[9]

O entendimento acima resumido se encontra absolutamente sedimentado nos tribunais e gerou as Súmulas no. 1 do TJSP[10] e 543 do STJ.[11] Sucede que a jurisprudência se tornou cada vez mais permissiva, admitindo que promissários compradores pedissem a extinção do contrato não por impossibilidade superveniente, mas por mero desinteresse, convertendo hipótese inicial de resolução em resilição.

Dizendo de outro modo, cabe ao promissário comprador tomar a iniciativa de pedir a extinção do contrato fundado na própria impossibilidade financeira. Não cumpre porque não pode e para evitar a persistência de situação de indefinição por tempo indeterminado (nem se entregam as chaves, nem se resolve o contrato por inadimplemento do adquirente) é que se admite ao próprio devedor impossibilitado a excepcional prerrogativa de pedir a resolução.

---

[9] Idem.

[10] Súmula 1 do TJSP: O Compromissário comprador de imóvel, mesmo inadimplente, pode pedir a rescisão do contrato e reaver as quantias pagas admitidas a compensação com gastos próprios de administração e propaganda feitos pelo compromissário vendedor, assim como com o valor que se arbitrar pelo tempo de ocupação do bem

[11] Súmula 543 do STJ: Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador – integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento.

A situação acima descrita é inconfundível com aquela do promissário comprador que, apesar de solvente, arrepende-se do negócio, ou, pior, no momento de receber as chaves e pagar a parcela mais expressiva do preço, constata que por variação de mercado o imóvel se desvalorizou, e lhe é mais vantajoso receber o preço de volta e adquirir unidade semelhante por preço mais baixo. É incompatível também com o comportamento do promissário comprador que, apesar de dispor de fundos para efetuar o pagamento do preço, entende que lhe é mais conveniente manter-se líquido, ou pagar dívidas diversas em razão da pandemia da Covid-19.

O que se discutirá é a questão da composição das perdas e danos. Estará o promissário comprador impossibilitado de pagar a parcela do preço sujeito à incidência de cláusula penal — cláusula de decaimento — de retenção de parte do que já pagou?

Note-se que aqui cabe relevante distinção, no que diz respeito à data da celebração do contrato. Os contratos celebrados a partir de janeiro de 2019, na vigência da Lei 13.786/18 (Lei do Distrato), estão sujeitos a cláusulas penais e perdas e danos mais severos. Não há dúvida, porém, da irretroatividade da Lei 13.786/18, inaplicável aos contratos celebrados antes de sua vigência, ainda que o inadimplemento ocorra em data ulterior.

Entendo, porém, que seja qualquer o regime jurídico do negócio incorporativo – anterior ou posterior à Lei do Distrato – caberá importante discussão. Tal como foi dito no item 4 deste artigo, a extinção do contrato por comprovada impossibilidade do promissário comprador em razão da pandemia causará danos à parte inocente.

Quem responderá pelos danos? Não devem certamente os danos recair somente sobre os ombros do incorporador, que não deu causa à extinção do contrato. De outro lado, não parece também correto que o promissário comprador, atingido em cheio pelos efeitos econômicos reflexos da pandemia, com qualificação de fortuito externo, arque sozinho com os danos. Aliás, se as excludentes do caso fortuito e da força maior por expressa disposição do art. 393 do Código Civil afastam os efeitos da mora, inviável falar em composição de perdas e danos.

Volta-se à solução dada pelo REsp 401021, Relator designado o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, cuja ementa foi acima transcrita: os danos

existem em razão da extinção do contrato, mas não podem ser imputados a qualquer das partes. Devem, por consequência, ser repartidos igualmente entre os contratantes.

6. Conclusão

São estas, em resumo, as primeiras reflexões sobre os efeitos da pandemia sobre o negócio incorporativo e seus reflexos sobre as prestações devidas pelo incorporador promitente vendedor e pelo promissário comprador.

Um ponto, porém, é certo: as excludentes de responsabilidade civil sempre exigem exame de fato das circunstâncias concretas de cada contrato.

O devedor – seja o incorporador, seja o promissário comprador – deve alegar e provar que naquele caso concreto a pandemia, que é fato notório, gerou consequências econômicas que provocam o atraso ou impossibilitam o cumprimento da prestação.

Não podem e não devem ser aceitas ações de massa em que se alegue de modo abstrato a ocorrência da pandemia da Covid-19, que não é salvo-conduto para o descumprimento de obrigações. Cabe ao devedor demonstrar de modo objetivo que, no caso concreto, a pandemia provocou reflexos na economia do contrato, com características de fortuito externo, a justificar o atraso ou a impossibilidade de cumprimento da prestação.

Provada a excludente de responsabilidade pelo devedor (seja incorporador, seja promissário comprador), os efeitos da mora são afastados. Os danos pelo atraso ou impossibilidade permanente da prestação, porém, existem e não podem ser suportados somente por um dos contratantes.

A solução será a repartição dos danos entre os contratantes, a exemplo do que ocorreu em situação de maxidesvalorização da moeda no ano de 1999, em precioso precedente (acima referido) do Superior Tribunal de Justiça relatado pelo talvez maior magistrado que já passou por aquela Corte, Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, falecido recentemente, a quem rendo minhas homenagens e dedico este estudo.

Referências

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Gen Forense: 2011. v. 6, t. 2.

LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Granada: Comares, 2002.

Sinalagma funcional e contratos de prestação de serviços educacionais: efeitos da pandemia de Covid-19 sobre o equilíbrio dessas relações

Ricardo Dal Pizzol[1]
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

1. Introdução

A pandemia de Covid-19 trouxe efeitos imediatos no campo dos serviços educacionais. Desde o dia 24 de março de 2020, no estado de São Paulo, estão vedadas atividades de ensino presenciais.[2] Os estabelecimentos de educação, em todos os níveis, procuraram adaptar-se à nova realidade, desenvolvendo ferramentas de transmissão de conhecimento a distância, a fim de não interromper integralmente suas atividades.[3]

---

[1] Doutorando em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Civil pela USP (2016). Mestre em Direito Comparado pela Samford University (Alabama, USA, 2015). Graduado em Direito pela USP (2004). Juiz de Direito titular da 2ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro (São Paulo, SP), convocado para atuar no Gabinete da Corregedoria Geral da Justiça (biênio 2016-2017), na Assessoria de Assuntos Jurisdicionais da Presidência (biênio 2018-2019) e no Gabinete da Corregedoria Geral da Justiça (biênio 2020-2021).

[2] Entrada em vigor do Decreto Estadual nº 64.881, de 22 de março de 2020.

[3] Medida autorizada pela Portaria nº 343, do Ministério da Educação, de 17 de março de 2020.

Operou-se, então, um delicado e complexo redesenho da relação entre custos e benefícios nesses contratos, a afetar ambas as partes.

Para os fornecedores de serviços, alguns custos novos foram introduzidos (especialmente os de aquisição, desenvolvimento e treinamento das ferramentas de ensino a distância), outros sofreram notória redução, mercê justamente da ausência de alunos nas dependências da escola (limpeza, luz, água, eventual suspensão ou redução de jornada de trabalho de parte dos servidores etc.), enquanto, por fim, outras despesas foram mantidas, praticamente sem alteração (impostos, serviços de segurança, contratos de locação dos imóveis, pagamentos de *royalties* em caso de franquias etc.).

Quanto ao outro polo da relação, o dos consumidores, em geral só se contabilizam perdas: redução dos ganhos de autônomos, profissionais liberais e mesmo de assalariados que tiveram seus contratos de trabalho suspensos ou sofreram redução forçada da jornada de trabalho. Soma-se a isso o fato de que o serviço prestado remotamente nem sempre abarca todas as atividades que eram prestadas anteriormente, o que é particularmente evidente em relação às crianças mais novas, em fase de educação infantil (zero a cinco anos). É bem de ver, ainda, que, em relação a essas crianças, a pandemia lançou todo o ônus de cuidado sobre os pais, impedidos quase sempre de contar com o auxílio de babás ou parentes, além de precisarem dedicar tempo ao trabalho em *home office* e às demais atividades domésticas.

O presente estudo visa discutir se, por conta dessas alterações advindas da crise de saúde provocada pelo coronavírus, há espaço para a revisão desses contratos educacionais e, em caso positivo, em que condições isso deve ser admitido.

Para tanto, pretendemos analisar, inicialmente, o sinalagma e o princípio do equilíbrio do contrato. Em seguida, serão examinados os instrumentos disponíveis no Código de Defesa do Consumidor (CDC) para a revisão desses contratos, bem como seus requisitos. Na sequência, pretendemos aplicar tais soluções ao problema do impacto causado pela Covid-19 nos contratos de prestação de serviços educacionais, em todas as suas nuances. Por fim, dedicaremos algumas linhas à análise da constitucionalidade de leis estaduais editadas nesse período para conceder abatimentos nas mensalidades.

2. Sinalagma e princípio do equilíbrio contratual

O termo “sinalagma” provém do grego *συναλλαγμα,* que significa transação.[4] Inicialmente, no direito grego, o conceito abrangia não só todas as transações voluntárias (os contratos, fossem eles unilaterais ou bilaterais), mas também as involuntárias (ilícitos em geral), que juntas, na sistemática aristotélica, compunham a *justiça corretiva*.[5]

Vale lembrar que, na obra de Aristóteles, a justiça manifestava-se de duas formas fundamentais: a distributiva e a corretiva. A primeira diz respeito à distribuição de dinheiro, honrarias e outros bens pelo Estado entre os membros da comunidade, de acordo com o mérito e as contribuições de cada um. A segunda, por sua vez, aplica-se nas transações entre os particulares, que, como dito, podem ser voluntárias (compra e venda, locação, empréstimo etc.) ou involuntárias (ilícitos em geral). A justiça corretiva observa sempre e apenas o *princípio da igualdade*. O objetivo do juiz, nesse campo, será sempre restabelecer o *equilíbrio* rompido, seja pelo ato ilícito praticado, seja pelo descumprimento do contrato.[6]

No direito romano, restringiu-se o conceito de sinalagma, que passou a abranger apenas as relações de troca, com obrigações recíprocas, excluindo, assim, contratos unilaterais e atos ilícitos. No fragmento

---

[4] CANTARELLA, Eva. Obbligazione [diritto greco]. *In: Novissimo digesto italiano*. Torino, 1968. v. 11, p. 547; MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil*: direito das obrigações: cumprimento e não-cumprimento, transmissão, modificação e extinção. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. v. 9, p. 277.

[5] BERGER, Adolf. Synallagma. In: BERGER, Adolf. *Encyclopedic dictionary of Roman law*. Clark: The Lawbook Exchange, 2004.

[6] ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução: António de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009. p. 110-111. Já se observa, portanto, na obra de Aristóteles, uma preocupação, no que toca aos contratos (transações voluntárias), de garantir o equilíbrio entre as partes, seja no nascedouro da relação, seja durante sua execução. Nesse sentido, assevera Luciano de Camargo Penteado: “A estrutura de proporção nas trocas é expressa pela palavra ‘sinalagma’, que deriva de συν (juntamente, com) e αλλαγμα (trocar). É o ajustamento voluntário ou fatual de uma relação que *nasce e deve se manter equilibrada,* é a reciprocidade, a comutatividade. O justo é não tomar nem mais nem menos do que o devido por méritos ou por acordos estabelecidos. O contrato, dessa maneira, deve permitir um trespasse de bens, ou uma união de esforços de acordo com um equilíbrio de reciprocidade, como ocorre, respectivamente, na troca e no contrato de sociedade” (PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual:* uma nova teoria do contrato. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 47).

D. 50.16.19, Ulpiano relembra que Labeão definiu o *contractum* como o acordo que gera obrigações recíprocas para ambas as partes (*ultro citroque obligationem*), dando como exemplos a compra e venda e a locação. O *contractum*, nesse sentido de bilateralidade e reciprocidade, equivaleria, no dizer do jurisconsulto romano, "ao que os gregos chamam de sinalagma" (*"quod Graeci συναλλαγμα vocant"*).[7]

Enquanto essa definição de contrato de Labeão que exigia a bilateralidade de prestações perdeu-se no tempo, sendo substituída, já nas compilações justinianeias, por outra que demandava apenas o acordo de vontades (*conventio*), o termo "sinalagma", desse momento em diante, passaria a significar, definitivamente, o liame de reciprocidade e interdependência entre as prestações derivadas dos contratos bilaterais. Foi esse o conceito de sinalagma que passou para a posteridade e chegou a nossos dias.[8]

O sinalagma constitui, portanto, o próprio nexo de correspectividade ou de interdependência que se estabelece entre as prestações nos contratos bilaterais, encontrando cada prestação a sua razão de ser na existência e no cumprimento da outra.[9]

A interdependência entre as prestações foi resultado de um lento aprimoramento do pensamento jurídico. Entre os romanos, os efeitos práticos dessa correspectividade ainda eram extremamente limitados, na medida em que aqueles desconheciam o instituto da resolução e restringiam a admissibilidade de remédios análogos à exceção de contrato não cumprido à classe dos contratos consensuais (compra e venda, locação e sociedade). Quanto ao equilíbrio entre as prestações, consagravam apenas os institutos da *lesão enorme* (desproporção que excedesse metade do valor real da prestação) e *enormíssim*a (desproporção em mais de dois terços do valor justo da prestação), ambos vinculados

---

[7] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio (sinalagma indireto): onerosidade excessiva em contrato de consórcio: resolução parcial do contrato. *In:* AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009a. p. 363; ESBORRAZ, David Fabio. La noción de contrato entre 'synallagma' y 'conventio' en la tradición romanista y sus proyecciones en el sistema jurídico latinoamericano. *In: Roma e America:* diritto romano comune. Roma: Mucchi Editore, 2008. p. 240; DOZHDEV, Dmitry. Reconstructing the jurist's reasoning: "bona fides" and "synallagma" in Labeo (D. 19, 1, 50). *JUS*, v. 1, p. 27-45, 2015. p. 27.

[8] MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 277.

[9] CAMILLETTI, Francesco. *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*. Milano: Giuffrè, 2004. p. 21; TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. Padova: Cedam, 1978. p. 693.

ao momento da *gênese* do contrato, não avançando no tratamento de desequilíbrios derivados de fatores supervenientes.

Foi com os canonistas que o reconhecimento da interdependência entre as obrigações mais avançou. Isso se deu especialmente a partir de *"condições tácitas"*, consideradas implicitamente inseridas pelas partes nos contratos então celebrados por juramentos (daí o interesse e o envolvimento da Igreja Católica e de seus juristas na regulação da matéria). Entre essas condições tácitas estavam, por exemplo: (i) a de que, em se tratando de contratos com obrigações recíprocas, um dos contratantes deveria ser tido como desobrigado se o outro não cumprisse a sua obrigação (raciocínio que está na gênese das figuras da resolução por inadimplemento e da exceção de contrato não cumprido); (ii) a de que a vinculatividade dos acordos dependia do fato de as partes conservarem a possibilidade física e moral de executar suas respectivas prestações (condição tácita que daria origem, posteriormente, à resolução por impossibilidade superveniente); e, por fim, aquela que interessa mais de perto ao objeto deste trabalho, (iii) **a de que a eficácia dos contratos dependia de permanecerem inalteradas as circunstâncias após a celebração da avença** (a chamada "cláusula rebus sic stantibus", ancestral das teorias modernas da imprevisão e da onerosidade excessiva).[10]

Tradicionalmente, a doutrina distingue entre sinalagma genético e funcional.

Fala-se em *sinalagma genético* para ressaltar que os contratos bilaterais já nascem sob o signo da interdependência das obrigações: uma das partes só se obriga a prestar porque antevê o recebimento da respectiva contraprestação. Assim, a obrigação assumida por um dos contratantes constitui, já na gênese da avença, a razão de ser da obrigação contraída pelo outro.[11]

---

[10] GIFFARD, André E. V.; VILLERS, Robert. *Droit romain et ancien droit français (obligations)*. 4. ed. Paris: Dalloz, 1976. p. 164, p. 166-167.

[11] ANTUNES VARELA, João de Matos. Das obrigações em geral. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2008. v. 1, p. 397; GOLECKI, Mariusz Jerzy. Synallagma and freedom of contract: the concept of reciprocity and fairness in contracts from the historical and law and economics perspective. *German Working Papers in Law and Economics*, p. 1-29, 2003. p. 8; TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 9. ed. Milano: Giuffrè, 1991. p. 295; DOZHDEV, op. cit., p. 28-29.

O sinalagma genético explica por que a nulidade da obrigação principal de uma das partes — por impossibilidade originária, por exemplo — implica nulidade de todo o contrato,[12] ou, ainda, por que se anula o negócio jurídico por lesão quando, já na origem, se observa manifesta desproporção entre as prestações das partes.[13]

O *sinalagma funcional*, em contrapartida, que diz respeito mais de perto à onerosidade excessiva (problema de que trataremos aqui, fundamentalmente), aponta, conforme lição de Antunes Varela, "para a ideia de que as obrigações têm de ser exercidas em paralelo (visto que a execução de cada uma delas constitui, na intenção dos contraentes, o pressuposto lógico do cumprimento da outra) e ainda para o pensamento de que todo acidente ocorrido na vida de uma delas repercute necessariamente no ciclo vital da outra".[14] Isso significa, na rica definição de Ricardo Osvaldo Larroza, que o nexo de interdependência que liga as prestações recíprocas não esgota sua importância no momento mesmo da gênese do contrato, pois se mantém operante durante toda a fase de sua execução, garantindo proteção integral ao equilíbrio durante todos os momentos da relação de troca.[15]

O sinalagma funcional é de longe o mais rico em efeitos. Institutos como a (i) exceção de contrato não cumprido, (ii) a exceção de inseguridade, (iii) a resolução por inadimplemento ou por impossibilidade superveniente e (iv) a resolução/revisão por onerosidade excessiva só se justificam pelo fato de o sinalagma não desaparecer após o momento da celebração do contrato, mas continuar, pelo contrário, a permear todo o processo obrigacional, especialmente na fase de cumprimento das prestações.[16]

---

[12] LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução: Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959. t. 1, p. 266; AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor.* 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 82.

[13] LARROZA, Ricardo Osvaldo. Sinalagma genético y funcional. *In:* STIGLITZ, Rubén S.; STIGLITZ, Gabriel A. (org.). *Contratos:* teoría general. Buenos Aires: Depalma, 1994. v. 1, p. 544-545.

[14] ANTUNES VARELA, op. cit., p. 396.

[15] LARROZA, op. cit., p. 546.

[16] AGUIAR JR., op. cit., p. 82; MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 277-278.

Como decorrência dessa interdependência funcional entre as prestações, desenvolveu-se o *princípio do equilíbrio ou da justiça contratual*.[17]

Aqui, a preocupação é com uma das facetas do sinalagma, qual seja a do *equilíbrio de valor entre as prestações*.

Incorpora tal princípio, nas palavras de Cláudio Luiz Bueno de Godoy, uma preocupação de "substancial igualdade na formação e, ainda, no desenvolvimento da relação contratual, que se deve conservar imune [...] de extraordinárias alterações circunstanciais que a desequilibrem, assim desigualando as partes e, quiçá, escravizando uma delas ao ajuste, de que não poderá legitimamente se desvincular".[18]

---

[17] Muitos autores, deve-se observar, não tratam do princípio da justiça contratual de forma autônoma, preferindo inseri-lo no campo da *boa-fé objetiva*, princípio que, como se sabe, impõe padrão de correção, de lealdade e também de solidariedade no trato entre as partes. Nesse sentido, por exemplo, afirma Cláudia Lima Marques: "A boa-fé objetiva valoriza os interesses legítimos que levam cada uma das partes a contratar, e assim o direito passa a valorizar, igualmente e de forma renovada, o nexo entre as prestações, sua interdependência, isto é, o sinalagma contratual. Da mesma forma, ao visualizar, sob influência do princípio da boa-fé objetiva, a obrigação como uma totalidade deveres e direitos no tempo e ao definir também como abuso a unilateralidade excessiva ou o desequilíbrio irrazoável da engenharia contratual, valoriza-se, por consequência, o equilíbrio da relação em sua totalidade [...]. O desequilíbrio significativo de direitos e deveres, em detrimento do consumidor, na relação contratual vista como um todo passa a ser indício de abuso, a chamar a ação reequilibradora do novo direito contratual em sua visão social" (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor:* o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 289-290). Já Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves tratam o problema da equivalência material das obrigações como uma incidência da eficácia interna da *função social do contrato:* para os referidos autores, um contrato que acarreta onerosidade excessiva para uma das partes, especialmente quando esta for vulnerável, não está cumprindo o seu papel social (TARTUCE, Flávio; ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. *Manual de direito do consumidor.* 7. ed. São Paulo: Método, 2018. p. 317).
Preferimos, porém, a visão de Antonio Junqueira de Azevedo, que bem separa o princípio do equilíbrio contratual tanto da boa-fé objetiva como da função social. Segundo a lição do autor, o direito contratual brasileiro atual obedece a seis princípios: três ditos "tradicionais" e três "sociais". Os três tradicionais giram em torno da autonomia da vontade, sendo eles a (1) liberdade contratual, a (2) obrigatoriedade dos efeitos contratuais (*pacta sunt servanda*) e a (3) relatividade das convenções (*res inter alios acta tertiis nec nocet nec prodest*). Já os três princípios sociais seriam justamente a (4) função social dos contratos, a (5) boa-fé objetiva e, por fim, o (6) equilíbrio contratual (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. *In:* AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de direito privado.* São Paulo: Saraiva, 2009b. p. 182-183).

[18] GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. 4. ed. Saraiva: São Paulo, 2012. p. 54.

No âmbito do direito contratual contemporâneo, ressalta Ronaldo Porto Macedo Junior, não importa mais apenas saber se o consentimento foi válido, mas também avaliar a justiça da troca. Em certos ramos, como é exatamente o caso do direito do consumidor, a problemática da equivalência das atribuições patrimoniais supera em importância a problemática do consentimento,[19] mercê do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e do caráter intrinsecamente desigual com que este se relaciona com o fornecedor.[20]

A princípio, não se exige que a prestação tenha valor de mercado rigorosamente idêntico ao da contraprestação, bastando que se haja estabelecido, no mundo jurídico, segundo os fatos da vida e a intenção dos contraentes, uma *equivalência subjetiva* (*"Subjektive Äquivalent"*).[21] O fundamental, como afirma Cesare Massimo Bianca, é que cada contraente, segundo suas valorações próprias, veja na prestação do outro compensação suficiente para a sua própria prestação, sendo as partes a princípio livres para determinar essa relação de correspondência.[22]

Todavia, a relevância de uma *equivalência objetiv*a mínima entre o valor de mercado das prestações vai despontar residualmente em institutos como a lesão e a *onerosidade excessiva,* mesmo assim deixando claro o legislador que não é qualquer desequilíbrio objetivo que merece ser remediado, mas apenas aquele que for manifesto ou excessivo, extrapolando a álea normal do contrato.

---

[19] Na concepção liberal clássica, importava apenas, para fins de justiça do contrato, se as regras do jogo do mercado — em especial a liberdade de manifestação de vontade — haviam sido ou não respeitadas. Preocupações com o "preço justo", como se observava na Idade Média, eram totalmente negligenciadas dentro do pensamento liberal. Até porque o preço de mercado, para um liberal, não pode ser qualificado como "justo" ou "injusto", pois é fixado pelas regras de demanda e procura, próprias do jogo capitalista. Como em um jogo de cartas, ganhar muito ou perder muito não são passíveis de ser avaliados como justo ou injusto, sendo justa a conduta do jogador que simplesmente não burla as regras. O fato de um dos jogadores ter melhores condições de vencer, por experiência, astúcia, melhores informações ou simplesmente por gozar de maior poder econômico, não conduz à injustiça do jogo. O desequilíbrio material não é uma forma de injustiça para os liberais, desde que observadas as regras formais da disputa (MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Ensaios de direito privado e social:* contratos, meio ambiente e tutela coletiva. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 59-61).

[20] MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 148.

[21] LARENZ, op. cit., p. 267; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000. t. 3, p. 245.

[22] BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto civile:* il contratto. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2000. t. 3, p. 450.

No Código de Defesa do Consumidor, sistema que mais nos interessa, dado que as relações de prestação de serviços educacionais nele costumam se enquadrar, o princípio do equilíbrio ou da justiça contratual recebeu consagração expressa em várias disposições.

No art. 4º, III, o legislador estabelece o equilíbrio na relação entre consumidores e fornecedores, sempre que possível com harmonização de seus interesses conflitantes, como princípio da Política Nacional das Relações de Consumo.

Da mesma forma dispõe o art. 51, inciso IV, ao reconhecer a abusividade — e, portanto, a nulidade de pleno direito — das cláusulas que "estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade". Ou, ainda, os incisos II e III do § 1º do mesmo artigo, que presumem exageradas, respectivamente, as vantagens que "restringem direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual", ou que "se mostram excessivamente onerosas para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso".

Porém, a proteção mais efetiva ao equilíbrio da relação advém da norma do art. 6º, inciso V. Importa, agora, apreciar como o CDC, a partir deste preceito, promove a concretização do princípio do equilíbrio ou do justo contratual, tanto em relação a desequilíbrios congênitos como em relação aos decorrentes de alterações supervenientes.

3. Tratamento dos desequilíbrios congênitos e supervenientes no Código de Defesa do Consumidor

O CDC inovou o sistema brasileiro ao consagrar legislativamente mecanismos de enfrentamento tanto de desequilíbrios congênitos (que afetam o próprio sinalagma genético) como de desequilíbrios supervenientes (que afetam o sinalagma funcional). O Código Civil de 1916, ainda plenamente inserido no paradigma liberal e, por conseguinte, compromissado com o *pacta sunt* servanda, não incorporava qualquer solução desse tipo, embora a jurisprudência, desde a década de 1950, já promovesse a revisão judicial de contratos, de consumo ou não, com

escólio em teorias doutrinárias como a da imprevisão ou da base objetiva do negócio jurídico.[23]

A mesma disposição normativa — o inciso V do art. 6º — trata das duas formas de desequilíbrio (a congênita e a superveniente), reconhecendo como direito básico do consumidor "a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas". A primeira parte da norma, como se percebe, regula situações de desequilíbrio na gênese do contrato, enquanto a parte final regula situações de desequilíbrio ensejadas por fatos supervenientes. Tratemos de cada uma delas em separado, com maior ênfase na última, pois é disso que se cuida, fundamentalmente, na questão das mensalidades escolares em tempos de Covid-19.

Note-se que, para os desequilíbrios congênitos, a solução ofertada pelo CDC — revisão das cláusulas que importem desproporcionalidade — aparta-se daquela consagrada no Código Civil de 2002 para a mesma hipótese, que é a da anulação do negócio jurídico por lesão (art. 157 c.c. art. 171, II). No regime do Código Civil, a modificação do contrato, com preservação do negócio, só é autorizada nas situações raras em que a parte favorecida pela desproporção oferece "suplemento suficiente" ou concorda "com a redução do proveito" (art. 157, § 2º).[24]

No âmbito consumerista, justamente porque presumida a vulnerabilidade do consumidor (art. 6º, I), fixou-se regime puramente objetivo, bastando a desproporcionalidade entre as prestações das partes.[25] A lesão do art. 157 do Código Civil, ao contrário, exige também um elemento subjetivo: que a parte vítima tenha assumido prestação manifestamente desproporcional por "premente necessidade" ou por "inexperiência".

O mecanismo das cláusulas abusivas, estabelecidas no art. 51 do CDC, também serve à preservação do sinalagma genético. Nesse artigo estão enumeradas disposições que o legislador considerou *a priori* ilícitas, justamente porque ensejadoras de manifesto desequilíbrio entre

---

[23] SCHREIBER, Anderson. Revisão judicial dos contratos. *In*: SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 145.

[24] GODOY, op. cit., p. 63.

[25] Ibidem.

as partes, estabelecendo como consequência, para elas, a nulidade de pleno direito. Entre todos, avulta em importância o inciso IV, que funciona como uma hipótese residual e também como uma síntese do *télos* do artigo (o compromisso com a preservação do equilíbrio do contrato), por abarcar quaisquer obrigações "iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade".[26]

Daí porque Bruno Miragem afirma que, para as cláusulas contratuais que desde a celebração do pacto abalem o seu equilíbrio, dispõe o consumidor de duas opções: (i) pleitear sua modificação por revisão, na forma do art. 6º, V; ou (ii) requerer a decretação da sua nulidade – e, por conseguinte, sua exclusão da avença –, com fundamento no art. 51.[27]

Agora, analisemos as alterações decorrentes de fatos supervenientes, que afetam o sinalagma funcional.

Como visto, o art. 6º, V, do CDC autoriza a revisão de cláusulas contratuais que tenham se tornado excessivamente onerosas em razão de fatos supervenientes à sua celebração.

Primeiro aspecto que merece destaque, aqui, é a solução mais uma vez puramente objetiva adotada: basta o acentuado desequilíbrio da relação provocado por fatos posteriores à celebração do contrato. [28] E, nesse ponto, distancia-se o regime do CDC de qualquer preocupação com a vontade das partes no momento da contratação, em especial com relação à aptidão delas para prever ou não, naquele momento, o acontecimento modificador das circunstâncias e suas consequências sobre o equilíbrio contratual. Dito de outra forma, a previsibilidade ou imprevisibilidade do evento modificador e de seu impacto sobre o contrato é elemento irrelevante para o regime do CDC.[29]

---

[26] MARQUES, op. cit., p. 931-932.
[27] MIRAGEM, op. cit., p. 219.
[28] GODOY, op. cit., p. 85-86.
[29] MAGALHÃES DIAS, Lúcia Ancona Lopez de. Onerosidade excessiva e revisão contratual no direito privado brasileiro. In: FERNANDEZ, Wanderley (coord.). *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 425. Precisa a lição de Bruno Miragem (op. cit., p. 221) acerca do elemento de imprevisibilidade, dispensável no regime do CDC, mas exigido no CC/2002: "Imprevisibilidade remete mais uma vez à avaliação sobre a possibilidade ou não das partes de tomarem conhecimento das circunstâncias que envolvem e repercutem na relação contratual. Imprevisível é qualidade do que não é possível, segundo regras ordinárias de comportamento

Por isso é corrente a afirmação na doutrina de que o CDC teria abandonado a chamada "teoria da imprevisão" e abraçado a teoria da base objetiva do negócio jurídico.[30]

Vale lembrar que, no regime do Código Civil, pelo contrário, a imprevisibilidade é requisito indispensável, como não deixam dúvidas os artigos 317 e 478.[31]

Ao dispensar a imprevisibilidade, o CDC mostra-se não só coerente com sua diretriz de conferir maior objetivação ao exame do contrato, como também amplia significativamente a proteção ao consumidor contra os riscos de alterações fáticas. Afinal, se o consumidor pode obter a revisão do contrato demonstrando apenas que sua prestação se tornou excessivamente onerosa (art. 6º, V), (i) isso impede que riscos inerentes ao negócio do fornecedor sejam repassados ao consumidor, (ii) assim como impõe ao fornecedor o ônus de arcar com o reequilíbrio mesmo quando a modificação se dê por elemento totalmente extraordinário e externo aos riscos de sua atividade (como parece ser o caso dos eventos decorrentes da pandemia de Covid-19, já adiantando).[32]

Todavia, a despeito de a imprevisibilidade não ser um requisito no CDC, mostra-se imprescindível, pensamos, que o agravamento

---

diligente e probo das partes, antecipar o conhecimento sobre sua ocorrência. Em matéria contratual, distingue-se daquilo que é previsível, porquanto este se caracteriza como inerente ao risco normal do adimplemento ou não do contrato".

[30] Nesse sentido, ver: MAGALHÃES DIAS, op. cit., p. 425; TARTUCE; ASSUMPÇÃO NEVES, op. cit., p. 319; FERREIRA DA CRUZ, Guilherme. *Teoria geral das relações de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 218-219. Asseverando expressamente que o CDC adotou a teoria da base objetiva do negócio jurídico, ver também: STJ, REsp 1.321.614/SP, Terceira Turma, Relator para o Acórdão Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 16/12/2014.

[31] "Art. 317. Quando, *por motivos imprevisíveis,* sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação."
"Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, *em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis,* poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação."
Vale destacar que, nos termos do Enunciado 175 da III Jornada de Direito Civil, "a menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertas no art. 478 do Código Civil, deve ser interpretada *não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às consequências que ele produz*".

[32] MIRAGEM, op. cit., p. 221. Esse ônus do fornecedor, como se verá adiante, poderá ser total ou parcial (foi apenas parcial, por exemplo, no caso clássico dos contratos de arrendamento mercantil atrelados à variação cambial quando da maxidesvalorização do real frente ao dólar).

superveniente não esteja coberto pela álea normal do contrato.[33] Afinal, não é qualquer fato superveniente que dá ensejo à revisão, mas apenas aquele que torna *excessivamente* onerosa a prestação. Do mesmo modo, se a álea é *assumida expressamente pelo consumidor* (como na hipótese de sua prestação ficar atrelada a um determinado índice e este sofrer variação relevante, porém dentro de um âmbito de normalidade de mercado, sem ocorrências extraordinárias)[34] ou *integra o próprio conteúdo do negócio* (como na hipótese de aquisição de um ativo financeiro de risco, desde que cumpridos os deveres acessórios da relação, especialmente o de informar), a revisão afrontaria o programa contratual regularmente traçado pelas partes no exercício legítimo da autonomia privada, não devendo, assim, ser admitida.[35]

Outras diferenças existem, ainda, entre os regimes do CDC e do CC/2002 nesse campo.

Nenhuma exigência se faz no art. 6º, V, do CDC no sentido de que à onerosidade excessiva para o consumidor corresponda, necessariamente, um enriquecimento para o fornecedor. No regime do art. 478 do Código Civil, de outra banda, a norma prescreve que o negócio poderá ser resolvido se, em virtude dos acontecimentos supervenientes, extraordinários e imprevisíveis, "a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, *com extrema vantagem para a outra*" – é o chamado "efeito gangorra" (para que o contrato possa ser resolvido por onerosidade, é necessário que um se beneficie com o prejuízo do outro).[36] A solução do Código Civil mostra-se cruel nesse ponto, além

---

[33] Nesse sentido, ver: MAGALHÃES DIAS, op. cit., p. 426.

[34] Pense-se no exemplo do INCC – índice atrelado aos custos da construção civil –, que pode eventualmente superar, de forma significativa, outros índices gerais de inflação (IPCA, IGPM etc.), mas mesmo assim é considerado válido pela jurisprudência majoritária nos contratos de compra e venda de apartamentos em construção (a despeito do argumento de que ele transfere ao consumidor riscos de flutuação de preços da atividade do fornecedor).

[35] Por isso mesmo entendemos que o Enunciado 336 da IV Jornada de Direito Civil se aplica indistintamente a relações civis e de consumo: "O fato extraordinário e imprevisível causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação". Com ele conecta-se outro Enunciado, o de nº 440 da V Jornada de Direito Civil, relacionado especificamente com os contratos aleatórios: "É possível a revisão ou resolução por excessiva onerosidade em contratos aleatórios, desde que o evento superveniente, extraordinário e imprevisível não se relacione com a álea assumida no contrato".

[36] ZANETTI, Cristiano de Souza. Art. 478. *In*: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Comentários ao Código Civil:* direito privado contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 777.

de, se levada à risca, diminuir sobremaneira o campo de aplicação da onerosidade excessiva fora do âmbito das relações de consumo. Afinal, ainda que a prestação do devedor venha a se tornar absurdamente desproporcional, ele não poderá se valer do remédio se não comprovar que isso se deu com "extrema vantagem" para a contraparte (note-se: não basta que haja uma "vantagem", é preciso ainda que seja "extrema"). Talvez por conta mesmo desses fatores haja uma deliberada desatenção da doutrina em relação a este requisito,[37] chegando o Enunciado 365 da IV Jornada de Direito Civil, nessa linha, a afirmar que "a extrema vantagem do art. 478 deve ser interpretada como elemento acidental da alteração das circunstâncias, que comporta a incidência da resolução ou revisão do negócio por onerosidade excessiva, independentemente de sua demonstração plena".

Formalmente, apartam-se os dois regimes também quanto aos remédios cabíveis. O art. 6º, V, do CDC prevê expressamente apenas a revisão. Mas a doutrina tende a admitir também a resolução como faculdade em favor do consumidor, notadamente para os casos em que a revisão não se mostrar, por qualquer razão, medida hábil a restabelecer o equilíbrio em conformidade com o interesse das partes.[38] Quanto ao CC/2002, ocorre o inverso. Embora o art. 478 trate apenas de resolução – que pode ser evitada somente, em tese, se o réu se oferece a modificar equitativamente as condições do contrato (art. 479)[39] –, a doutrina contemporânea tem se direcionado no sentido de admitir também a revisão, a partir da conjugação com o art. 317. Prega o Enunciado 176 da III Jornada de Direito Civil, inclusive, que,

---

[37] A constatação é de Anderson Schreiber (op. cit., p. 147).

[38] MAGALHÃES DIAS, op. cit., p. 427; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo R. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 60.

[39] A despeito de ter consagrado a figura da onerosidade excessiva, o Código Reale – cuja elaboração se iniciou, vale sempre lembrar, ainda na década de 1970 – mostrou-se cauteloso, em sua redação, quanto à possibilidade de o juiz modificar o conteúdo de contratos, preferindo mesmo que os resolvesse em vez de revisá-los.

Com efeito, a técnica da revisão judicial dos contratos confronta-se claramente com a antiga ideologia liberal dos contratos. Afinal, não se concebe maior interferência na autonomia privada do que a alteração do conteúdo de um contrato por força de ordem judicial. Nem mesmo a extinção do vínculo se mostra tão drástica, em termos de interferência, já que apenas faz as partes retornarem ao estado anterior à contratação, sem submetê-las a termos e condições que não pactuaram livremente. O Código Reale talvez reflita esta visão de meio de caminho: consagra a figura da onerosidade excessiva, mas não chega ao ponto de admitir que o juiz redesenhe o conteúdo do contrato. Todavia, quando de sua entrada em vigor, décadas após a elaboração do projeto, a revisão já era uma realidade, tanto em âmbito doutrinário como jurisprudencial (SCHREIBER, op. cit., p. 145).

"em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual". Assim, a distinção quanto aos remédios é mais aparente do que real.

Examinados os requisitos da revisão por onerosidade excessiva no âmbito do direito do consumidor, cumpre aplicar tais conclusões ao problema dos efeitos da pandemia de Covid-19 sobre os contratos educacionais, tema do próximo tópico.

4. Particularidades da aplicação do art. 6º, V, do CDC aos desequilíbrios causados pela pandemia nos contratos de prestação de serviços educacionais

Não há dúvidas de que os serviços educacionais prestados pela rede privada de ensino se submetem ao regime de tutela de equilíbrio estabelecido no art. 6º, V, do CDC (e não ao regime do art. 478 do CC/2002), dado que se está diante de uma típica relação de consumo, formada pelo binômio "consumidor", enquanto destinatário final do serviço (art. 2º, caput, do CDC), e "fornecedor", enquanto prestador de um serviço remunerado no mercado (art. 3º, *caput*, e § 2º, do CDC).

Como contraprestação pelos serviços educacionais, os alunos ou responsáveis legais pagam *anuidades* ou *semestralidades* escolares do ensino pré-escolar, fundamental, médio e superior, conforme disciplina a Lei nº 9.870/1990. A divisão em mensalidades é apenas uma prática do mercado para facilitar os pagamentos, constituindo um parcelamento livremente concedido pelo credor (art. 314 do Código Civil).

Primeiro ponto que merece ser destacado, nesta análise, é o de que a situação instaurada pela pandemia de Covid-19 não afetou uniformemente o equilíbrio de tais contratos, daí porque deve ser prontamente descartada a viabilidade de uma solução única e padronizada para o problema (erro no qual incidiram, como se verá adiante, várias leis estaduais que promoveram cortes lineares nos valores das mensalidades).[40]

---

[40] De qualquer forma, defender-se-á, neste texto (item 5, adiante), a inconstitucionalidade formal de tais leis por vício de iniciativa, o que muito provavelmente será reconhecido em controle concentrado de constitucionalidade, diante da jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal na matéria.

Com efeito, uma série de fatores importam neste exame, a reforçar a necessidade de soluções “customizadas”: possibilidade de substituição ou não, com proveito, das atividades presenciais por digitais, diante das características de cada contrato; serviços acessórios eventualmente incorporados aos contratos que, no quadro atual, não podem mais ser prestados (alimentação, atividades extracurriculares, transporte etc.); impacto da pandemia no quadro de custos de cada instituição de ensino; etc.

Para sistematizar esta análise, propomos enfrentar dogmaticamente a questão sob *três prismas*, os quais, conjugados, conferem visão mais abrangente dos impactos da pandemia nessas relações: (i) se houve – e, em caso positivo, em que medida – redução da quantidade ou da qualidade do serviço educacional prestado (uma análise focada na contraprestação ofertada pelo fornecedor); (ii) efeitos da pandemia sobre o quadro de custos do fornecedor (isto é, se o novo cenário trouxe redução de custos para o fornecedor, como é de se esperar, ou eventualmente trouxe aumento de custos, pelo uso forçado de novas ferramentas de ensino); e (iii) circunstâncias individuais do consumidor, derivadas da pandemia de Covid-19, que afetam sua capacidade de arcar com as anuidades ou semestralidades, tais como desemprego, redução de salário, proibição de exercício de determinadas atividades empresariais etc. (reabrindo-se, aqui, a clássica discussão acerca da viabilidade de considerar tais elementos, que não atinem diretamente ao objeto do contrato, para fins de aplicação dos remédios que visam restabelecer o equilíbrio contratual).O *primeiro prisma* está relacionado à própria *contraprestação* ofertada pelo fornecedor.

É evidente a quebra do sinalagma funcional se o serviço deixa de ser prestado na qualidade e na quantidade contratadas, mas o consumidor continua a ser cobrado no valor integral das mensalidades.[41] Isso – que, aliás, tende a ocorrer em muitos contratos, caso não seja rompida a inércia silenciosa e interessada das instituições de ensino – *equivale a transferir para o consumidor todo o ônus da modificação das circunstâncias*, o que certamente não está em linha com a filosofia do art. 6º, V, do CDC.

---

[41] Com a ressalva já feita de que a prestação do consumidor se dá, em rigor, na forma de anuidades ou semestralidades.

Para alguns contratos, a pandemia trouxe poucas modificações no que concerne ao serviço prestado. Pense-se em um curso de graduação em Filosofia ou História, por exemplo, cujas aulas presenciais podem ser substituídas, quase sem prejuízo, por aulas ministradas em uma plataforma digital de ensino remoto (Microsoft Teams, Zoom, Cisco WebEx etc.), oferecendo-se aos alunos, ainda, para minorar os prejuízos, material didático de apoio (em substituição ao acesso à biblioteca) e meios de estabelecerem contato direto com os professores para sanar eventuais dificuldades. Nesses casos, dificilmente estarão presentes os pressupostos para uma revisão do contrato, afinal, como visto no tópico anterior, não é qualquer fato superveniente que dá ensejo às medidas de reequilíbrio do sinalagma funcional, mas apenas aquele que torne *excessivamente* onerosa a prestação. Pequenas modificações, para melhor ou para pior, devem ser consideradas absorvidas pela álea que é normal e admissível em qualquer contrato, mesmo nos de consumo.

No polo oposto estão os contratos de ensino infantil, gravemente afetados em seu equilíbrio pela pandemia de Covid-19. Quanto às crianças menores, a substituição das atividades presenciais por plataformas digitais traz prejuízos inevitáveis, tanto em termos de *quantidade* (substituição de várias horas de aulas presenciais por pequenos vídeos com minutos de duração ou e-mails com atividades, como se tem observado) como também de *qualidade* (dado que é impossível os professores exercerem acompanhamento pessoal e direto sobre as atividades que vierem a ser desenvolvidas em ambiente doméstico). Além disso, parte substancial da prestação do fornecedor nesses contratos reside no exercício do *cuidado* direto sobre a criança e no fornecimento supervisionado de *atividades recreativas* (vale dizer, a transmissão de conhecimentos não é a única faceta da educação infantil, havendo, na verdade, um feixe de outras obrigações tão ou mais relevantes do que ela no contexto do contrato). Com a pandemia, essas obrigações de cuidado e de fornecer recreação orientada foram devolvidas integralmente aos pais, que, para dificultar ainda mais a situação, precisam conciliá-las, na maioria das vezes, com as atividades domésticas e com o trabalho em *home office*, tudo isso sem o apoio de parentes ou empregados domésticos. Quanto a estes contratos, em sentido oposto ao observado em relação aos cursos de graduação em Filosofia ou História do exemplo anterior, parece absolutamente insustentável a postura das escolas de manter a cobrança integral das mensalidades, pela simples

razão de que estão prestando serviço em quantidade e qualidade inferiores ao objeto contratado, não se podendo conceber que todo o ônus deste evento extraordinário (pandemia de Covid-19) seja arcado pelo consumidor (isso, ressalte-se, independentemente de qualquer consideração quanto à modificação ou não dos custos do fornecedor, elemento que será abordado adiante).

Vale lembrar que, conforme exposto no item anterior, a revisão por eventos supervenientes pressupõe, no regime do art. 6º, V, do CDC, um elemento puramente objetivo, que consiste justamente no acentuado desequilíbrio entre as prestações, sem qualquer preocupação com a imprevisibilidade do evento modificador ou de suas consequências sobre o contrato.

Presente tal desequilíbrio – configurado à exaustão, como visto, nos contratos de educação infantil –, tem o consumidor direito subjetivo à revisão do contrato. E isso independentemente, como visto, de o evento superveniente ser imputável ou não ao fornecedor (a pandemia certamente não o é), ou mesmo de se tratar ou não de risco inerente à sua atividade (a pandemia bem pode ser caracterizada, fazendo uma analogia com o plano da responsabilidade civil, como um “fortuito externo”, mas nem por isso seu risco deixa de ser arcado pelo fornecedor).

Até porque, como exaustivamente exposto, o regime do art. 6º, V, do CDC dispensa o chamado “efeito gangorra” – isto é, que ao prejuízo de um corresponda necessariamente o ganho do outro. Desta forma, é irrelevante, em princípio, se as modificações advindas da crise sanitária da Covid-19 trouxeram ganho ou não para as escolas (embora tudo faça crer que, em matéria de educação infantil, mantida a inércia, o saldo seja favorável aos fornecedores, dada a presumível redução de custos nesse campo específico).

Entre um extremo e outro (o ensino infantil e a graduação em Filosofia), desenrola-se todo um espectro de outras modalidades, que ora se aproximam mais do regime da creche e da pré-escola, com elevada probabilidade de configurar-se onerosidade excessiva (no ensino fundamental, por exemplo), ora se aproximam mais do regime da graduação em Filosofia (como parece ser o caso do ensino médio, por exemplo), em que é maior a probabilidade de que não haja abalos consideráveis na contraprestação do fornecedor, em termos de quantidade e qualidade, a ponto de justificar a revisão da avença.

Para essas zonas intermediárias do espectro, é fundamental a consideração de alguns elementos concretos, como os seguintes: (i) se as aulas por meio digital dispõem de período equivalente de duração quando comparadas às presenciais; (ii) se o conteúdo é transmitido com qualidade equivalente àquela do ambiente de sala de aula; (iii) se há controle efetivo, por parte dos professores, da presença e do envolvimento dos alunos nas atividades; (iv) se foi criado um canal adequado de interação entre professores e alunos, para sanar eventuais dúvidas; (v) se, diante da dificuldade de acesso a bibliotecas, há disponibilização de algum material de apoio; e (vi) se atividades fundamentalmente presenciais e essenciais em determinados campos — pense-se, por exemplo, nas aulas práticas dos cursos de Medicina em laboratórios e hospitais — foram simplesmente abandonadas e superadas ou se serão repostas em momento futuro, quando restabelecidas as atividades presenciais.

É certo, porém, que, em todos os níveis, qualquer *serviço acessório* incompatível com o sistema de aulas telepresenciais deve necessariamente ser descontado da mensalidade (*v.g.*, alimentação, transporte, atividades extracurriculares), afinal se afigura injustificável, sob qualquer ângulo, a cobrança por serviços que simplesmente não estejam sendo prestados.[42]

O *segundo prisma* que merece consideração nesta equação é o da variação dos custos do fornecedor.

---

[42] Observe-se que, para tudo o que foi exposto até aqui, poderia ser invocada, sem qualquer prejuízo — pois a solução seria idêntica —, a ideia de *impossibilidade parcial de cumprimento da obrigação*, em vez da onerosidade excessiva, dado que, por força da pandemia, o cumprimento de uma ou mais obrigações que integram o feixe contratual pode ter se tornado *impossível* (aulas práticas, dever de cuidado, fornecimento de atividades recreativas, acesso a biblioteca ou laboratórios etc.). O efeito normal da impossibilidade por força maior, caso fortuito ou fato do príncipe é a resolução da obrigação, sem dever de indenizar (art. 248 do Código Civil); mas sendo essa impossibilidade apenas *temporária e parcial*, como ocorre aqui, não seria o caso de extinguir-se o vínculo, mas de reduzir a prestação na medida proporcional ao que não está sendo prestado. Todavia, apesar desta (a impossibilidade parcial) ser uma outra perspectiva possível para enfrentar o problema (e provavelmente até mais correta para dar conta desse primeiro prisma, referente às reduções quantitativas e qualitativas da prestação), optou-se por examinar a questão predominantemente pelo ângulo da onerosidade excessiva, nos termos do art. 6º, V, do CDC, por duas razões principais: (i) a abordagem pelo ângulo da impossibilidade parcial não permitiria tratar da outra faceta relevante nesta equação (a dos custos do fornecedor diante da pandemia), pois ela não tutela a reciprocidade do contrato de forma global (mas apenas sob a perspectiva do que deixou ou não de ser prestado); e (ii) ao contrário do que ocorre com a impossibilidade parcial e temporária, o CDC dispõe de norma expressa a tutelar as modificações derivadas de fatos supervenientes (vale dizer, o art. 6º, V).

Se, de um lado, surgiram despesas novas (em especial as de aquisição ou desenvolvimento das ferramentas de ensino a distância), de outro, vários custos sofreram notória redução, mercê justamente da ausência de alunos nas dependências da escola (limpeza, luz, água, eventual suspensão ou redução de jornada de trabalho de parte dos servidores, pagamento de vale-transporte e vale-refeição a funcionários etc.), enquanto, por fim, outras despesas provavelmente permaneceram inalteradas (impostos, serviços de segurança, eventuais contratos de locação dos imóveis, pagamentos de *royalties* em caso de franquias etc.).

Em determinados níveis, como o infantil, por exemplo, é provável que até mesmo os professores tenham sofrido redução proporcional da jornada de trabalho e do salário (que pode ser de até 70%, nos termos da MP nº 936, de 1º de abril de 2020), visto que as atividades prestadas a distância, nesse campo, sequer se aproximam, em tempo e volume, das ofertadas presencialmente (até porque não estão sendo cumpridos os deveres de cuidado e de orientação recreativa, centrais nesses contratos, como já exposto anteriormente).

Se adotada uma orientação mais ortodoxa do art. 6º, V, do CDC, a questão dos custos do fornecedor – tenham eles subido, caído ou permanecido praticamente inalterados – simplesmente não poderia ser levada em consideração. Afinal, pela literalidade da norma, a revisão do contrato configura direito básico do consumidor desde que sua prestação (a do consumidor) se torne excessivamente onerosa, independentemente de a outra parte ter tido vantagem (o "efeito gangorra" já mencionado) ou de também ter sido prejudicada pelos fatos supervenientes. Tratar-se-ia, em outras palavras, de uma "via de mão única", não prevendo o CDC direito de revisão por onerosidade excessiva em favor do fornecedor, tampouco a possibilidade de o fornecedor elidir o direito de revisão do consumidor sob o fundamento de que o fato superveniente também o afetou negativamente.

Porém, vale lembrar que o Superior Tribunal de Justiça, nos casos amplamente conhecidos que trataram da desvalorização repentina do real perante o dólar nos contratos de arrendamento mercantil com reajuste pela variação cambial, ignorou essa visão ortodoxa do art. 6º, V, do CDC para *repartir equitativamente* os efeitos negativos do fato superveniente, justamente por considerar que os custos dos fornecedores nesses contratos também haviam sofrido elevação na mesma

medida (visto que os recursos para esses empréstimos eram captados pelas financeiras no mercado externo, nos termos do art. 6º da Lei nº 8.880/1994, estando, assim, também atrelados à variação da moeda estrangeira). O voto do ministro Ari Pargendler no REsp nº 268.661/RJ bem ilustra essa visão, ao ressaltar que o direito do consumidor à revisão por onerosidade excessiva não pode ser divorciado de uma análise global das bases do contrato, o que inclui também o impacto do evento superveniente sob a perspectiva do fornecedor:

> A desvalorização do real em relação ao dólar, em face da cláusula de indexação, acarreta, sim, onerosidade excessiva para o devedor, mas, salvo melhor juízo, não traz qualquer benefício ao credor, que apenas repassa para o financiador externo os reais adicionalmente necessários para pagar os dólares originariamente contratados.
> É preciso que isso fique claro: não se pode suprimir a cláusula de variação cambial em relação ao consumidor, sem transferir os respectivos efeitos para o arrendador, que é, no particular, intermediário de recursos externos.
> [...]
> A probabilidade de mudanças nesse âmbito, portanto, fazia parte do cenário, mas as partes quiseram, ambas, acreditar que teriam tempo de fazer um bom negócio. Cada qual, por isso, tem uma parcela de (ir)responsabilidade pela onerosidade que dele resultou, e nada mais razoável que a suportem. *Tal é o regime legal, que protege o consumidor da onerosidade excessiva, sem prejuízo das bases do contrato. Se a onerosidade superveniente não pode ser afastada sem grave lesão à outra parte, impõe-se uma solução de equidade.*

Ressalvadas as referências impertinentes à previsibilidade do evento de desvalorização, que não encontram respaldo na disciplina do CDC, o raciocínio não deixa de ostentar razoabilidade, na medida em que custa crer que o CDC imporia um direito absoluto de revisão do contrato em favor do consumidor, quando configurada a onerosidade excessiva sob sua perspectiva unilateral, *sem qualquer consideração pelo equilíbrio da relação como um todo, notadamente quando o*

evento também prejudica o fornecedor (como foi o caso nos contratos de arrendamento mercantil com variação atrelada ao dólar). Em outras palavras: não parece adequado, embora a interpretação literal do art. 6º, V, aponte nesse sentido, que o CDC, para reparar os efeitos da desproporcionalidade que prejudica o consumidor, transmita o ônus integral do reequilíbrio ao fornecedor, a ponto de provocar novo rompimento do sinalagma, agora em desfavor deste.

Imaginemos o seguinte quadro hipotético, a fim de ilustrar o problema. Uma pequena escola dedica-se exclusivamente à educação infantil e ao ensino fundamental I (1º ao 5º ano) — ou seja, justamente as modalidades em que, como visto, a transição para um modelo digital trouxe maiores prejuízos aos pais e alunos. As provas produzidas durante a instrução do processo apontam uma redução efetiva de 80% no serviço prestado aos alunos, porém também demonstram que os custos da escola se mantiveram praticamente inalterados (o que se reduziu, por exemplo, com energia elétrica, água e limpeza foi compensado pelos custos de aquisição, treinamento e disponibilização das ferramentas de ensino a distância), além de esta ter enfrentado redução significativa de receita (em face da inadimplência crescente derivada da queda de renda de muitas famílias e das rescisões provocadas pela falta de perspectiva de retorno seguro às atividades presenciais[43]). Seria razoável, nessas condições, por conta de um evento absolutamente extraordinário e externo ao risco da atividade desenvolvida, reduzir as mensalidades em 80%, a fim de restabelecer o equilíbrio para o consumidor (entre o serviço prestado e o valor pago), mas tornando a obrigação agora excessivamente onerosa para o fornecedor, a ponto de eventualmente forçá-lo a demitir pessoas, reduzir a qualidade do serviço e talvez até mesmo encerrar suas atividades? Uma solução de equidade, que dividisse os efeitos negativos da pandemia (50% para cada ou em outra proporção qualquer), nos moldes dos julgados referentes ao arrendamento mercantil atrelado ao dólar, não se afiguraria mais adequada nessas circunstâncias, em vez de depositar todo o ônus no fornecedor?

---

[43] Fenômeno que tem se mostrado muito comum, especialmente no âmbito da educação infantil, em que é menor a preocupação dos pais com a evolução de um nível a outro de ensino (da creche para o infantil I ou deste para o infantil II, por exemplo).

Afinal, se o sinalagma constitui a relação de dependência e equivalência entre as prestações dos contratos bilaterais e se dele deriva o princípio do equilíbrio ou da justiça contratual, remédios como a revisão contratual não podem abordar o problema exclusivamente pela perspectiva do consumidor (se aquilo que lhe é prestado guarda equivalência com o que ele paga), como parece derivar de uma interpretação literal do art. 6º, V, do CDC, sob pena de eventualmente esses remédios gerarem novos rompimentos de sinalagma, agora em sentido inverso (aquilo que o fornecedor gasta para prestar o serviço não guarda mais mínima relação de equivalência com a contraprestação que lhe é paga). A própria finalidade do instituto restaria desvirtuada nessas condições.

Soluções que repartem o ônus econômico, em circunstâncias semelhantes às do exemplo dado, parecem inclusive mais consentâneas com a boa-fé objetiva, que demanda solidariedade entre os contratantes, criando deveres de consideração aos interesses da parte contrária (e isso de forma recíproca, em ambos os sentidos, não só do fornecedor perante o consumidor, mas também do consumidor perante os interesses legítimos do fornecedor). Até porque não interessa a ninguém, sobretudo aos próprios alunos e pais, fragilizar economicamente os prestadores de serviços educacionais, mercê dos reflexos que isso pode ter sobre a qualidade do ensino, no presente e no futuro.

Não se pode perder de vista, ainda, que tais avenças integram verdadeiras *redes contratuais*, de modo que o que se dá em um dos pactos tende a ter efeitos nos demais — não se descarta, por exemplo, a possibilidade de a perda provocada pela redução exagerada na mensalidade de alguns alunos ser posteriormente compensada por um reajuste aplicado à generalidade dos consumidores do estabelecimento, em um típico fenômeno de *loss spreading* (diluição do dano).

Por fim, gostaríamos de abordar um terceiro prisma, qual seja o dos efeitos da pandemia de Covid-19 sobre os rendimentos dos alunos e responsáveis.

É fato notório que a pandemia produziu elevação do desemprego, bem como a redução de ganhos de autônomos, profissionais liberais e mesmo de assalariados (na medida em que muitos destes tiveram seus contratos de trabalho suspensos ou sofreram redução forçada da jornada de trabalho e do salário, na forma da MP nº 936, de 1º de abril de 2020).

A questão que se coloca, neste ponto, é a seguinte: esses eventos pessoais, específicos de cada consumidor, podem, para além dos fatores já abordados anteriormente (redução do serviço prestado, eventual redução dos custos das escolas), servir de fundamento para uma ação revisional para redução das mensalidades?

A resposta tradicionalmente dada pela jurisprudência brasileira nessa matéria é *negativa*. São numerosos, aliás, os casos em que esta questão foi colocada em relação a contratos do Sistema Financeiro da Habitação, alegando os adquirentes desemprego superveniente como fundamento para a pretendida revisão dos contratos. A resposta dada pelo Superior Tribunal de Justiça, em inúmeros julgados, foi a de que apenas fatos que comprometam circunstâncias intrínsecas à base objetiva do negócio (e a condição de desemprego não se enquadraria entre eles) poderiam ensejar a revisão.[44]

Com efeito, como pondera Lúcia Ancona Lopez de Magalhães Dias, a onerosidade excessiva deve sempre ser avaliada objetivamente (vale dizer, a prestação deve ser excessivamente onerosa para qualquer contratante que enfrente a mesma alteração de circunstâncias), não podendo ser considerados elementos atinentes à situação pessoal de cada contratante, sob pena de gerar-se grave insegurança jurídica nas relações negociais.[45]

Ademais, na esteira das decisões do STJ referentes ao SFH, modificações de renda dos consumidores, individualmente considerados, *não afetam diretamente as prestações do contrato* (ao contrário, por exemplo, das reduções quantitativas e qualitativas do serviço educacional fornecido por meios digitais, ou das modificações de custos, para cima ou para baixo, dos insumos produtivos empregados na atividade escolar).

---

[44] STJ, REsp 1.321.614-SP, Rel. para acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 3/3/2015; AgInt no REsp 1.514.093-CE, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 7/11/2016; STJ, AgInt no AREsp 1.340.589/SE, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe 27/05/2019.

[45] MAGALHÃES DIAS, op. cit., p. 425.

[46] Impende observar que Antonio Junqueira de Azevedo distingue, nesse ponto, entre *contratos existenciais* e *contratos de lucro* (o que seria, para ele, a "dicotomia contratual do século XXI"). Contratos existenciais, na lição do jurista, são aqueles (i) em que uma ou ambas as partes são pessoas físicas e (ii) que têm por objeto da prestação um bem considerado essencial para a subsistência da pessoa ou para a preservação de sua dignidade (alimentação, educação, moradia, entretenimento, comunicação, vestuário, saúde, previdência etc.). *Contratos de lucro*, por sua vez, são aqueles

Respeitadas as vozes divergentes,[46] pensamos que tal orientação é acertada, devendo ser estendida também ao quadro provocado pela pandemia de Covid-19, notadamente em relação às pretensões individuais de revisão.

Agora, o argumento da queda sistemática da renda dos consumidores parece mais legítimo quando invocado em termos gerais, não referenciado a um consumidor específico, no âmbito das várias ações civis públicas que estão sendo ajuizadas, em geral pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, para pleitear, em sede de tutela coletiva, a redução das mensalidades em decorrência da pandemia de Covid-19. Nesse contexto, o argumento do desemprego ou da queda de renda da população em geral se "objetiva", assemelhando-se a outros que também devem ser ponderados na equação, como as variações dos custos dos insumos e o crescimento da inadimplência e das rescisões de contratos.

Por fim, convém dedicar algumas linhas para tratar das iniciativas legislativas que estão sendo tomadas nesse campo no âmbito dos estados.

---

celebrados entre empresários, pessoas físicas ou jurídicas, ou ainda entre um empresário e um não empresário, desde que este também tenha celebrado o contrato com fins de lucro. Enquanto para os contratos ditos *de lucro* a primazia deve ser conferida, em regra, ao princípio da autonomia privada, em relação aos contratos *existenciais*, por outro lado, impõe-se ao hermeneuta atribuir comparativamente maior *densidade* aos princípios sociais do contrato (boa-fé, função social e equilíbrio). Pois bem. Para os contratos de lucro, distingue o autor, apenas a onerosidade excessiva fulcrada em elementos objetivos que afetem diretamente o objeto da prestação ou o seu custo econômico poderia dar ensejo à revisão. Em contrapartida, para os contratos existenciais (entre os quais incluem-se, como visto, os de educação), mesmo fatores atinentes exclusivamente a cada consumidor (queda superveniente da renda, em especial) poderiam servir de fundamento à revisão, configurando o que ele denomina onerosidade excessiva subjetiva. Nas palavras do autor: "Os contratos empresarias teriam um regime de menor interferência judicial; neles, por exemplo, não caberia revisão judicial por questões de *onerosidade excessiva subjetiva,* — possível, porém, sob a ideia de função social, quando se trata de pessoa humana e contrato existencial. Uma entidade jurídica empresarial ineficiente pode – ou até mesmo deve — ser expulsa do mercado, ao contrário da pessoa humana que merece proteção, por não ser 'descartável'" (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. *In:* AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de direito privado.* São Paulo: Saraiva, 2009. p. 185).

5. Leis estaduais que impõem descontos sobre o valor das mensalidades: inconstitucionalidade por vício de iniciativa

Há projetos de lei em tramitação, no âmbito federal, em que se busca regulamentar o valor das mensalidades escolares por conta dos reflexos da pandemia, porém ainda sem perspectiva de aprovação no momento da finalização deste artigo (1º de julho de 2020).[47]

Ante a inércia federal, proliferaram-se leis estaduais para tratar do tema. Tome-se como exemplo a Lei nº 8.864/2020, do estado do Rio de Janeiro, aplicável a todos os segmentos de ensino presencial (do infantil aos cursos de pós-graduação), impondo desconto de 30% sobre as mensalidades na parte em que elas excederem R$ 350,00. No caso de cooperativas, associações educacionais, fundações e micro e pequenas empresas de educação, o desconto é de 15% sobre o que exceder R$ 350,00. Ou a Lei nº 17.208/2020, do estado do Ceará, que aplica descontos conforme faixas que relacionam dois vetores principais: (i) o segmento de ensino (sendo maiores os descontos na educação infantil, e progressivamente menores nos demais níveis) e (ii) o faturamento das instituições (dividindo-as, para esse fim, em grande, médio e pequeno porte). Assim, o desconto pode oscilar de um máximo de 30% (educação infantil em instituição de grande porte) até 5% (ensino superior semipresencial em instituição de pequeno porte). Leis semelhantes também foram editadas em outros estados, como Pará, Maranhão e Espírito Santo.

Sem adentrar no mérito dessas leis — isto é, na proporcionalidade e na razoabilidade de seus conteúdos —, parece claro que elas padecem, todas, de vício de *inconstitucionalidade formal* por invadirem competência privativa da União para legislar sobre direito civil (art. 22, I, da Constituição Federal).

Em que pese a Constituição Federal estabelecer competência legislativa *concorrente* entre União, estados e Distrito Federal para legislar em matéria de “produção e consumo” (art. 24, V), o Supremo Tribunal Federal possui uma série de precedentes no sentido de que

[47] Exemplo é o Projeto de Lei nº 1.163/2020, do Senado Federal, que obriga as instituições de ensino fundamental, médio e superior da rede privada a reduzir as suas mensalidades em, no mínimo, 30% enquanto vigorar a suspensão de funcionamento presencial de suas atividades.

isso não autoriza os estados e o Distrito Federal a legislar sobre contratos, mesmo quando de consumo, pois aí predominaria a faceta de direito civil, em que a competência é *privativa* da União (art. 22, I). Como asseverado pelo ministro Alexandre de Moraes na ADI 4228/DF, que tratava de lei distrital que estabelecia a obrigatoriedade de apresentação de documento com foto no ato das operações com cartão de crédito e débito:

> apesar de a lei impugnada tangenciar matéria ligada à proteção do consumidor, inserida na competência legislativa concorrente dos entes federativos União e Distrito Federal (art. 24, V, da CF), o Supremo Tribunal Federal entende que lei estadual que trata de relações de consumo não pode legislar sobre direito civil, notadamente sobre relações contratuais.[48]

Na mesma senda, o ministro Luís Roberto Barroso, na ADI 4701/PE, que tinha por objeto lei estadual que fixava prazos máximos, segundo a faixa etária dos usuários, para a autorização de exames pelas operadoras de planos de saúde, afirmou:

> Por mais ampla que seja, a competência legislativa concorrente em matéria de defesa do consumidor (CF/88, art. 24, V e VIII) não autoriza os Estados-membros a editarem normas acerca de relações contratuais, uma vez que essa atribuição está inserida na competência da União Federal para legislar sobre direito civil (CF/88, art. 22, I).[49]

Vale mencionar que a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenen) já ingressou com ações diretas de inconstitucionalidade em face das leis dos estados do Ceará (ADI 6423), do Maranhão (ADI 6435), do Pará (ADI 6445) e do Rio de Janeiro (ADI 6448), alegando em todas elas, entre outros pontos, a inconstitucionalidade

---

[48] STF, ADI 4228/DF, Rel. Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe 13/08/2018.
[49] STF, ADI 4701/PE, Rel. Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 25/08/2014. No mesmo senti-

formal por usurpação de competência da União. Em nenhuma delas, até a data de finalização deste artigo (1º de julho de 2020), houve decisão do pedido liminar, tendo os ministros, nas quatro ações, determinado a oitiva prévia dos respectivos governadores e assembleias legislativas, bem como da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República, nos termos do art. 10, *caput* e § 1º, da Lei nº 9.868/1999.

6. Considerações finais

De todo o exposto, foi possível concluir que uma solução legislativa para o problema deveria partir necessariamente da União, mercê da competência privativa deste ente para legislar sobre contratos, inclusive os de consumo (art. 22, I, da CF/88). Embora uma solução legislativa trouxesse maior segurança jurídica e impedisse a judicialização em massa desses conflitos, dificilmente ela seria capaz de abarcar e tutelar as inúmeras nuances do problema.

Considerando que os principais fatores a serem aqui considerados são justamente a redução quantitativa e qualitativa do serviço prestado (por conta da transferência da modalidade presencial de ensino para a exclusivamente remota) e a eventual variação dos custos do prestador de serviço (para cima ou para baixo), dois fatores que tendem a variar caso a caso, conforme o segmento de ensino e as peculiaridades de cada fornecedor, parece razoável afirmar que duas vias se mostram mais adequadas nesta hipótese: (i) a extrajudicial, mediante negociação entre os alunos ou seus responsáveis e a instituição de ensino para a obtenção de soluções consensuais adaptadas às particularidades de uns e outros; e (ii) ajuizamento de ação revisional, de forma individual ou coletiva, a fim de que o Poder Judiciário possa dimensionar, em concreto, se houve onerosidade excessiva em cada contrato ou em cada grupo de contratos assemelhados e, em caso positivo, promova o reequilíbrio com esteio no art. 6º, V, do CDC, eventualmente distribuindo de forma equitativa o ônus econômico do fato superveniente e extraordinário (a exemplo do que ocorreu nos casos de leasing atrelados à variação cambial).

Referências

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004.

ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em gera*l. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2008. v. 1.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução: António de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio (sinalagma indireto): onerosidade excessiva em contrato de consórcio: resolução parcial do contrato. *In:* AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009a. p. 345-374.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. *In:* AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009b. p. 182-198.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo R. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BERGER, Adolf. Synallagma. *In:* BERGER, Adolf. *Encyclopedic dictionary of Roman law*. Clark: The Lawbook Exchange, 2004.

BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto civile:* il contratto. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2000. t. 3.

CAMILLETTI, Francesco. *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*. Milano: Giuffrè, 2004.

CANTARELLA, Eva. Obbligazione [diritto greco]. *In: Novissimo digesto italiano*. Torino, 1968. v. 11.

DOZHDEV, Dmitry. *Reconstructing the jurist's reasoning:* "bona fides" and "synallagma" in Labeo (D. 19, 1, 50). JUS, v. 1, p. 27-45, 2015.

ESBORRAZ, David Fabio. La noción de contrato entre 'synallagma' y 'conventio' en la tradición romanista y sus proyecciones en el sistema jurídico latinoamericano. *In: Roma e America:* diritto romano comune. Roma: Mucchi Editore, 2008. p. 237-283.

FERREIRA DA CRUZ, Guilherme. *Teoria geral das relações de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2014.

GIFFARD, André E. V.; VILLERS, Robert. *Droit romain et ancien droit français (obligations)*. 4. ed. Paris: Dalloz, 1976.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. 4. ed. Saraiva: São Paulo, 2012.

GOLECKI, Mariusz Jerzy. *Synallagma and freedom of contract*: the concept of reciprocity and fairness in contracts from the historical and law and economics perspective. German Working Papers in Law and Economics, p. 1-29, 2003.

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução: Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959. t. 1.

LARROZA, Ricardo Osvaldo. Sinalagma genético y funcional. *In:* STIGLITZ, Rubén S.; STIGLITZ, Gabriel A. (org.). *Contratos:* teoría general. Buenos Aires: Depalma, 1994. v. 1, p. 544-545.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Ensaios de direito privado e social:* contratos, meio ambiente e tutela coletiva. São Paulo: Saraiva, 2015.

MAGALHÃES DIAS, Lúcia Ancona Lopez de. Onerosidade excessiva e revisão contratual no direito privado brasileiro. *In:* FERNANDEZ, Wanderley (coord.). *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 385-446.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor:* o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil*: direito das obrigações: cumprimento e não-cumprimento, transmissão, modificação e extinção. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. v. 9.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual:* uma nova teoria do contrato. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000. t. 3.

SCHREIBER, Anderson. Revisão judicial dos contratos. *In:* SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 144-147.

TARTUCE, Flávio; ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. *Manual de direito do consumidor*. 7. ed. São Paulo: Método, 2018.

TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. Padova: Cedam, 1978.

TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 9. ed. Milano: Giuffrè, 1991.

ZANETTI, Cristiano de Souza. Art. 478. *In:* NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Comentários ao Código Civil:* direito privado contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2019.

Contratos de turismo e os impactos da pandemia da Covid-19

Tasso Duarte de Melo[1]
Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

Sumário: Introdução; 1. Da proteção contratual do consumidor à luz do CDC; 2. Princípios informativos da proteção contratual à luz do CDC; 3. Da revisão contratual como instrumento do equilíbrio contratual; 3.1. Superveniência de fatos que tornem as prestações excessivamente onerosas; 3.2. Das Medidas Provisórias n. 925/2020 e 948/2020; 3.3. Termo de Ajustamento de Conduta das Companhias Aéreas firmado com o Ministério da Justiça e com a Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON); 4. Breve análise crítica da atuação do Judiciário à luz de decisões já proferidas; Conclusão.

Resumo: o artigo aborda os contratos de turismo e os impactos da pandemia da Covid-19. A pandemia trouxe risco de colapso aos sistemas de saúde de todos os países e afetou sobremaneira o mercado de consumo, a implicar uma sucessão de quebras de contratos. O texto busca definir qual deve ser a resposta do Poder Judiciário aos consumidores dos serviços turísticos contratados que não foram ou não puderam ser prestados. Nessa medida, se analisa a revisão contratual como instrumento de equilíbrio contratual, para concluir

---

[1] Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor de Cursos de Pós-graduação nas disciplinas Direito Processual Civil e Direito do Consumidor. Coordenador do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania de Segunda Instância (CEJUSC). Membro do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC). Foi membro eleito do Conselho Consultivo e de Programas da Escola Paulista da Magistratura e coordenador da área de Direito do Consumidor da Escola Paulista da Magistratura. Ex-Presidente da Junta Comercial do Estado de São Paulo e do Tribunal Arbitral do Comércio do Estado de São Paulo.

que o disposto no Código de Defesa do Consumidor é suficiente e adequado para o enfrentamento do tema da Covid-19 sob o prisma das relações de consumo.

Palavras-chave: Direito do consumidor. Contrato. Turismo. Covid-19.

Abstract: The paper deals with tourism contracts and the impacts of the Covid-19. The pandemic brought the risk of collapse on the health systems of all countries and affected the consumer market, involving a succession of breaches of contracts. The essay seeks to answer which should be the Judiciary response for tourist services consumers, in regarding to contracts that were not or could not be provided. Therefore, it is analyzed the contractual review as an instrument of contractual equilibrium, to conclude that the provisions on the Consumer Protection Code are sufficient and adequate for facing the Covid-19 issue under the prism of consumer relations.

Keywords: Consumer law. Contract. Tourism. Covid-19.

Introdução

Este pequeno artigo atende ao honroso convite da Escola Paulista da Magistratura e se possível comporá revista digital a ser editada pela Escola Paulista da Magistratura destinada a tratar das questões da Covid-19, à luz do Código de Defesa do Consumidor, coordenada pelos ilustres Professores Sergio Shimura, Alexandre David Malfatti e Paulo Henrique Ribeiro Garcia.

Por pandemia se entende que uma enfermidade epidêmica está globalmente disseminada. Em razão do novo coronavírus (Sars-CoV-2), em 11 de março de 2020 a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou a pandemia da Covid-19, desde então passamos internacionalmente a viver grave crise sanitária, econômica e, portanto, jurídica e de muita perplexidade, sendo, com esse fundamento, por ato legislativo que recebeu o n. 6 de 2020, decretado estado de calamidade pública.

A pandemia da Covid-19, em razão da velocidade de disseminação do vírus e grau de letalidade, foi suficiente para pôr em risco de

colapso os sistemas de saúde de todos os países. A gravidade da situação é de tal monta que, no último dia 25 de maio, o jornal O Estado de São Paulo estampou a manchete “EUA decidem barrar quem passou pelo Brasil”[2] e, no subtítulo, “Países aliados e vizinhos tomam medidas para isolar o País e se proteger do contágio”.[3]

Temos, pois, uma situação que afeta de modo invulgar o mercado de consumo, também o setor do turismo, a implicar uma sucessão de quebras de contratos, por exemplo, a impossibilidade do transporte de pessoas como forma de mitigar a disseminação da pandemia; a impossibilidade do cumprimento dos contratos de hospedagem, ora pelos hotéis e pousadas que se encontram fechados por determinação administrativa, ora pelos hóspedes/consumidores dos serviços que não conseguem ou não querem ser transportados para regiões contaminadas, e nem se fale nos serviços correlatos, de locação de automóvel,[4] *transfers*, receptivos, restaurantes, casas de espetáculos etc., enfim, todos os serviços correlatos à atividade econômica do turismo.

Com estas considerações iniciais, conclui-se que o inadimplemento será amplo, geral e irrestrito.

Os debates jurídicos já se tornaram recorrentes. Vejamos alguns artigos publicados em sites especializados: “MP complementa Código do Consumidor, mas peca na técnica, dizem especialistas”.[5] No corpo da matéria:

---

[2] BULLA, Beatriz. EUA decidem barrar quem passou pelo Brasil. *Uol Economia*, [S. l.], 25 maio 2020. Disponível em: https://bit.ly/3hNfBio. Acesso em: 25 maio 2020.

[3] Idem.

[4] A título exemplificativo, a matéria: “Quase centenário, Copacabana Palace fecha as portas pela primeira vez”, que noticia o fechamento temporário do Hotel Copacabana Palace. Segundo a matéria, “A Associação Brasileira da Indústria de Hotéis do Rio informou que já fechou 60 hotéis do Rio de Janeiro. Segundo dados do Hotéis Rio, no início de março a ocupação da rede hoteleira estava em torno de 70%. Atualmente, devido à pandemia do coronavírus, a hotelaria conta com menos de 5% dos quartos ocupados. Ainda segundo o Hotéis Rio, diante do cenário, aproximadamente 5 mil empregos estão ameaçados, e a estimativa é de demissão de 20% dos funcionários.” SAMPAIO, Fabiana. Quase centenário, Copacabana Palace fecha as portas pela primeira vez. *Rádio Agência Nacional*, Rio de Janeiro, 10 abr. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3clIH7p. Acesso em: 30 maio 2020.

[5] VITAL, Danilo. MP complementa Código do Consumidor, mas peca na técnica, dizem especialistas. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 13 abr. 2020. Disponível em: https://bit.ly/2ROB5Rf. Acesso em: 30 maio 2020.

> A *Medida Provisória 948*, que trata do cancelamento de eventos culturais e do setor de turismo causado pela epidemia de Covid-19, é considerada desejável e coerente para restabelecer um reequilíbrio do mercado e dos contratos, inclusive de forma complementar ao Código de Defesa do Consumidor. Para especialistas consultados pela Conjur, o regramento vem em boa hora, apesar de ressalvas técnicas.[6]

Outro artigo: "O impacto da Covid-19 na responsabilidade civil das relações de consumo";[7] e, terminada esta ilustração, "Qual o papel do Judiciário no combate à Covid-19? O protagonismo judicial pode comprometer as respostas públicas à pandemia".[8]

Nesse último artigo, tem-se uma clara conclamação à moderação do judiciário no enfrentamento jurídico da questão, ao propor que, em meio à pandemia do coronavírus, deve haver uma "autocontenção judicial", justificada com as seguintes premissas: "Primeiro, razões epistêmicas. A resposta à Covid-19 requer conhecimento científico",[9] "Segundo, [porque] o tempo do processo judicial não é o da pandemia",[10] "Terceiro, e ligado ao ponto anterior, [porque] incertezas exigem flexibilidade para mudar com rapidez"[11] e "Quarto, [porque] muitas decisões sobre como responder à Covid-19 são inevitavelmente técnico-políticas".[12]

Feita a ressalva, o Judiciário, por sua vez, tem participado do debate de forma intensa, ou melhor, de forma proporcional às ações que lhe são dirigidas. Relaciono alguns exemplos, extraídos dos Boletins Covid-19, elaborados pelo Grupo de Apoio ao Direito Privado (GAPRI) do Tribunal de Justiça de São Paulo:

---

[6] Idem.

[7] GRAÇA, Victor; SENTO, Larissa. O impacto da Covid-19 na responsabilidade civil das relações de consumo. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 12 abr. 2020. Disponível em: https://bit.ly/2RJ1tMy. Acesso em: 30 maio 2020.

[8] WANG, Daniel Wei Liang; SUNDFELD, Carlos Ari. Qual o papel do Judiciário no combate à Covid-19? Revista JOTA, São Paulo, 13 abr. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3mEbSHv. Acesso em: 30 maio 2020.

[9] Idem.

[10] Ibidem.

[11] Ibidem.

[12] Ibidem.

Do Supremo Tribunal Federal, encontramos:

> Setor de turismo contesta resolução do Bacen que limita renegociação de dívidas durante a pandemia. A Confederação Nacional do Turismo (CNTUR) ajuizou no Supremo Tribunal Federal (STF) a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6368 contra trechos da Resolução 4.782/2020 do Conselho Monetário Nacional (CNM) e do Banco Central do Brasil (Bacen), que trata de programa especial de renegociação de dívidas, em decorrência dos efeitos econômicos da pandemia do novo coronavírus.[13]

Ainda:

> Ministro julga inviável ação de empresas de turismo contra medidas de isolamento social. O ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal (STF), julgou inviável a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 675, em que a Confederação Nacional do Turismo (CNTUR) questionava decretos estaduais e municipais que estabelecem medidas de isolamento social para o enfrentamento ao novo coronavírus.[14]

Do nosso Tribunal de Justiça Bandeirante, primeiro encontramos:

> Companhia aérea deverá providenciar volta de passageiros na Austrália. Pandemia gera decisões jurídicas acerca do turismo, ou ainda, site deverá cancelar reserva de hotel e estornar valor sem multa [...] A Vara do Juizado Especial Cível de Barueri condenou um site de reserva de hotéis a cancelar, sem qualquer incidência de multa, as reservas feitas por uma pessoa, bem como estornar o valor

[13] SETOR de turismo contesta resolução do Bacen que limita renegociação de dívidas durante a pandemia. *Notícias STF,* Brasília, DF, 9 abr. 2020. Disponível em: https://bit.ly/2HmoS4s. Acesso em: 30 maio 2020.

[14] MINISTRO julga inviável ação de empresas de turismo contra medidas de isolamento social. *Notícias STF,* Brasília, DF, 20 abr. 2020. Disponível em: https://bit.ly/35V1qW8. Acesso em: 30 maio 2020.

> de R$5.536,87 previamente pago. A autora alegou que o cancelamento se deve pela pandemia de Covid-19. Processo n. 1003997-66.2020.8.26.0068.[15]

E, ainda:

> TJSP condena site de turismo a reembolsar viagem cancelada. Processo foi julgado em 20 dias. Em meio à pandemia e o trabalho remoto resultante da necessidade de isolamento social, o Tribunal de Justiça de São Paulo está julgando com celeridade os diversos processos judiciais desencadeados pela crise sanitária e econômica. Por exemplo, em sentença proferida ontem (7), a Vara do Juizado Especial Cível de Jundiaí condenou uma empresa de turismo a reembolsar integralmente, em 12 vezes, um casal pelo pacote de viagens que havia adquirido. Os autores propuseram a ação no dia 17/4, apenas 20 dias antes. Processo n. 1005403-78.2020.8.26.0309.[16]

Quer nos parecer que os artigos da doutrina especializada e as decisões judiciais nos indicam um caminho de pesquisa: como, nestes tempos de pandemia, interpretar os contratos de turismo à luz do Código de Defesa do Consumidor, especialmente da possibilidade de revisão de suas cláusulas em razão de fato superveniente, sem olvidar algumas tentativas legislativas de submeter as questões à legislação esparsa e provisória (MP 948/2020 e PL 1.179/2020, de autoria do Senador Antonio Anastasia,[17] que veio a ser promulgado como Lei 14.010/2020,[18] com veto a parte do texto legal relacionado ao tema deste artigo[19]), ou às orientações administrativas (Senacon) do tratamento pela via da

---

[15] COMPANHIA aérea deverá providenciar volta de passageiros da Austrália. *Notícias Tribunal de Justiça de São Paulo,* São Paulo, 4 maio 2020. Disponível em: https://bit.ly/3iMCLqm. Acesso em: 30 maio 2020.

[16] TJSP condena site de turismo a reembolsar viagem cancelada. Notícias Tribunal de Justiça de São Paulo, São Paulo, 9 maio 2020. Disponível em: https://bit.ly/3kB5rD7. Acesso em: 30 maio 2020.

[17] Disponível em: https://bit.ly/3iXbe5F. Acesso em: 31 maio 2020.

[18] Disponível em: https://bit.ly/3iXlLho. Acesso em: 13 jun. 2020.

[19] Disponível em: https://bit.ly/35XR9Zb. Acesso em: 13 jun. 2020.

tutela coletiva, como feito com o Ministério Público Federal, por meio de Termo de Ajustamento de Conduta com as companhias aéreas.[20]

1. Da proteção contratual do consumidor à luz do CDC

O nosso querido e saudoso Paulo Jorge Scartezzini Guimarães definia o contrato de turismo como

> aquele em que um contratante adquire para si ou para terceiro, de uma agência de viagem/operadora ou de alguém que pratique ato ou atividade turística, um conjunto de serviços que pode abranger o transporte (aéreo, terrestre, marítimo, fluvial etc.), a hospedagem (hotéis, pousadas, camping etc.), os traslados terrestres, refeições, guias locais, ingressos de pontos turísticos ou estabelecimentos públicos etc.[21]

Na mesma linha, Joandre Antonio Ferraz[22] esclarece que "Os contratos turísticos referem-se à produção e distribuição dos serviços fornecidos aos viajantes. Entre os de produção, estão os serviços de transporte, hospedagem e entretenimento."

Não se pode perder de vista que estas relações econômicas, se e quando são organizados para atender as necessidades e interesses de destinatários finais, tal e qual a definição dos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor, juridicamente são consideradas relações de consumo e, como tal, neste esboço de artigo serão tratadas.

É, pois, pelo prisma do Código de Defesa do Consumidor que participaremos do diálogo e, portanto, mostra-se necessário fixar, desde logo, alguns pontos fundamentais do sistema de proteção e defesa do consumidor.

---

[20] SENACON. Termo de Ajustamento de Conduta. Regramentos envolvendo o cancelamento de voos nacionais e internacionais por conta da pandemia de COVID-19. *Notícias Ministério da Justiça e Segurança Pública,* Brasília, DF, 20 mar. 2020. Disponível em: https://bit.ly/33SqxWP. Acesso em: 31 maio 2020.

[21] GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *Dos contratos de hospedagem, de transporte de passageiros e de turismo*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 226.

Faz-se necessário remeter ao art. 4º do Código de Defesa do Consumidor que estabeleceu como objetivos da Política Nacional de Relações de Consumo o atendimento das necessidades dos consumidores; o respeito à sua dignidade, saúde e segurança; a proteção de seus interesses econômicos; a melhoria da sua qualidade de vida; além da transparência e da harmonia nas relações de consumo; e como princípios informativos do denominado microssistema de proteção e defesa do consumidor, a vulnerabilidade do consumidor, a ação governamental e a harmonia nas relações de consumo, sempre informadas pela equidade e boa-fé.

Na lição de Antônio Herman Benjamin, o Código de Defesa do Consumidor "É uma norma narrativa, expressão criada por Erik Jayme para descrever as normas renovadoras e abertas que trazem objetivos e princípios, para evitar chamá-las de normas-programa ou normas programáticas, que não tinham eficácia prática",[23] cabendo ressaltar que o artigo é dos mais citados, justamente por ser norma de caráter interpretativo do demais artigos, ou como ensinam os filósofos, cuida-se de norma de metalinguagem jurídica.

Ainda com a mesma preocupação protetiva, o legislador ao enumerar os direitos básicos do consumidor entre eles relacionou a proteção contratual e o fez da seguinte maneira: "CDC, art. 6º, V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas", recepcionando, na categoria de direito básico, o direito à revisão contratual, matéria central deste artigo.

A questão que se coloca é: diante da pandemia e da impossibilidade, por vezes, material do adimplemento contratual, qual deve ser a resposta do Poder Judiciário aos consumidores dos serviços turísticos contratados que não foram ou não puderam ser prestados?

Posta a primeira premissa, ser direito básico do consumidor a proteção contratual, em especial a revisão contratual quando configurada a excessiva onerosidade em razão de fatos supervenientes, no

[22] FERRAZ, Joandre Antonio. *Obrigações e contratos em viagens de turismo:* transporte aéreo; meios de hospedagem; agências de turismo. Barueri: Minha Editora; São Paulo: Ipeturis, 2005, p. 128.

[23] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor.* 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 72.

caso a pandemia da Covid-19, primordial enumerar e definir, mesmo que brevemente, os princípios informativos da proteção contratual do consumidor.

2. Princípios informativos da proteção contratual à luz do CDC

Conforme disposto no art. 4.º, inciso III, é escopo do Código de Defesa do Consumidor o equilíbrio nas relações de consumo, de modo a harmonizar e impor maior transparência às relações contratuais no mercado brasileiro de consumo.[24]

Para alcançar estes objetivos, o sistema de proteção e defesa do consumidor instituiu princípios informativos da proteção contratual, tanto no tocante à formação do contrato, quanto no tocante à sua execução. São eles os princípios da transparência, da confiança, da boa-fé e da equidade.

O primeiro princípio é o da transparência e está expresso no art. 4º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor. Com o princípio da transparência, o escopo do legislador foi viabilizar a aproximação entre consumidores e fornecedores, de modo a garantir ao consumidor informações contratuais e pré-contratuais, claras, precisas e corretas.[25]

O princípio da transparência importa na obrigação do fornecedor prestar todas as informações sobre os serviços e produtos comercializados, bem como sobre os direitos e obrigações do consumidor, de modo a lhe possibilitar optar de maneira consciente e equilibrada pela contratação ou não e, em contratando, exercitar adequadamente seus direitos no curso da execução do contrato.

---

[24] Cumpre esclarecer que tais conceitos, de forma mais ampla, se encontram em artigo escrito em colaboração com o Dr. Sérgio Shimura: Cláusula atenuadora de responsabilidade. *Cadernos jurídicos*: direito do consumidor; estudos em homenagem ao professor Paulo Jorge Scartezzini Guimarães, São Paulo, a. 20, n. 49, 2019, p. 169-183.

[25] Sobre o tema, ensina Claudia Lima Marques que: "Transparência significa informação clara, precisa e correta sobre o produto ou serviço a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-processual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo." MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 206.

Já o princípio da confiança, se encontra na base do sistema de responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor, dele derivando a responsabilidade objetiva, a inversão do ônus da prova *ope legis* e o dever do fornecedor de só colocar no mercado produtos e serviços seguros (fato) e adequados (vício). Ainda em razão do princípio da confiança, surge para o fornecedor o dever de informar os riscos dos produtos, se e quando de periculosidade inerente, a responsabilidade solidária entre os fornecedores e o sistema de desconsideração da personalidade jurídica.[26]

O princípio da boa-fé foi elevado à condição de princípio geral do sistema de proteção contratual do consumidor e seu descumprimento insere-se no contexto de cláusula abusiva, a torná-la nula de pleno direito. A cláusula geral da boa-fé, tal como definida no caput do art. 4º, deve ser vista dentro do esforço estatal (leia-se ação governamental) na regulação das relações de consumo.

Nessa medida, ao instituir os princípios da boa-fé e do equilíbrio contratual, o Código de Defesa do Consumidor instrumentaliza a ação governamental na sua ação garantidora da harmonia dos interesses dos participantes das relações de consumo e a compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico.

Diz-se que a boa-fé contratual impõe às partes contratantes o dever de agir com lealdade e honestidade. Destes deveres decorrem os comportamentos exigidos dos contratantes, denominados de deveres conexos: de informação, de cuidado, de cooperação e de lealdade, além de estatuir as funções interpretativa e de controle contratual (elemento de validade das cláusulas contratuais).

Tem-se, pois, que o princípio da boa-fé traduz a necessidade de agir de forma leal e cooperativa para manter o equilíbrio contratual, sendo que a sua inobservância leva à nulidade absoluta da

---

[26] Confira-se, mais uma vez, a lição de Claudia Lima Marques: "É o princípio da Confiança, instituído pelo CDC, para garantir ao consumidor a adequação do produto e do serviço, para evitar riscos e prejuízos oriundos dos produtos e serviços, para assegurar o ressarcimento do consumidor, em caso de insolvência, de abuso, desvio da pessoa jurídica-fornecedora, para regular também aspectos da inexecução contratual do próprio consumidor." Ibidem, p. 576.

cláusula contratual, como previsto no art. 51, especialmente no seu inciso IV.

Por derradeiro o princípio da equidade contratual que foi expressamente recepcionado pelo sistema, encontra fundamento na função social do contrato e implica a necessidade do Estado intervir para proteger a parte contratualmente vulnerável, sempre que se depara com manifesto desequilíbrio contratual. Deste princípio resultam a proibição das cláusulas abusivas (art. 51) e a possibilidade de intervenção estatal para revisá-las, adequá-las ou modificá-las, entre as quais estão as que expressam manifesta desproporcionalidade e ainda aquelas em que as obrigações se tornam excessivamente onerosas em razão de fato superveniente.

Em razão dele, os princípios tradicionais da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos foram mitigados de modo a permitir a intervenção do Estado Juiz para, sob o manto da equidade, afastar o desequilíbrio contratual e preservar a relação contratual, tema central deste trabalho.

Ao escrever sobre o princípio da equidade contratual, Paulo Luiz Netto Lôbo utiliza o termo “princípio da equivalência material” e ensina:

> O princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato e após sua execução, para harmonização dos interesses. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir o desequilíbrio superveniente, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis.[27]

Assim, tem-se que o princípio da equidade contratual é instrumento de ação governamental (estatal) destinado à preservação do equilíbrio de direitos e deveres nas relações de consumo, de modo a

[27] FERREIRA, Aparecido Hernani (coord.). *O novo Código Civil discutido por juristas brasileiros*. Campinas: Bookseller, 2003, p. 192.

harmonizar os interesses das partes envolvidas, com efetiva proteção do consumidor.

3. Da revisão contratual como instrumento de equilíbrio contratual

É certo que o inciso V do artigo 6º, do Código de Defesa do Consumidor, garante ao consumidor-contratante a modificação das cláusulas que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em virtude de fatos supervenientes que as tornem (as obrigações) excessivamente onerosas, mantendo-se a relação contratual, e essa revisão contratual encontra baliza de sua extensão no § 2º do artigo 51 da legislação, que dispõe que a nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, resultar ônus excessivo a qualquer das partes, segundo o princípio da conservação do contrato.

3.1. Superveniência de fatos que tornem as prestações excessivamente onerosas

Dentre as hipóteses de revisão contratual, no interesse deste texto, destaca-se a revisão do contrato em razão de fatos que tornem as prestações excessivamente onerosas, ou seja, a impossibilidade material de adimplemento contratual, mesmo que momentânea, como enfrentamos em razão da pandemia da Covid-19.

Para bem pontuar a questão, socorro-me, mais uma vez, de Claudia Lima Marques para delimitar a extensão da expressão excessiva onerosidade, superveniente à contratação:

> A norma do art. 6º do CDC avança ao não exigir que o fato superveniente seja imprevisível ou irresistível, apenas exige a quebra da base objetiva do negócio, a quebra de seu equilíbrio intrínseco, a destruição da relação de equivalência entre as prestações, ao desaparecimento do fim do essencial do contrato. Em poucas palavras, o elemento autorizador da

> ação modificadora do Judiciário é o resultado objetivo da engenharia contratual, que agora apresenta a mencionada onerosidade excessiva para o consumidor, resultado de simples fato superveniente, fato que não necessita ser extraordinário, irresistível, fato que podia ser previsto e não foi.[28]

Verificada a existência de fatos supervenientes que tornem excessivamente onerosas as prestações a cargo do consumidor, tem ele direito a demandar a revisão do contrato, ainda que esta onerosidade não implique, necessariamente, aumento da lucratividade para o fornecedor, pois nas relações de consumo não incide a regra do artigo 478 do Código Civil, o que implicaria a resolução do contrato.

A caracterização da onerosidade excessiva prescinde da imprevisibilidade e da extraordinariedade do fato superveniente e do lucro excessivo do credor em prejuízo do devedor e tem como pressupostos de cabimento a existência de: a) contrato bilateral de execução diferida ou sucessiva; b) contrato que encerre relação de consumo, abrigada no direito do consumidor; c) alteração significativa das condições ambientes entre o momento da celebração e de execução do contrato, gerando excessiva onerosidade para o consumidor.

Uma vez verificadas essas três condições, tem lugar a aplicação da teoria da onerosidade excessiva, também denominada de teoria da quebra da base objetiva do contrato, encampada pelo legislador ordinário no artigo 6º, inciso V, parte final, do Código de Defesa do Consumidor.

Com essa norma, o Código torna a relação contratual de consumo mais equânime, restabelecendo a sua comutatividade,[29] evitando que distorções financeiras, econômicas ou sociais afetem e desequilibrem a relação de consumo.

A revisão contratual em razão de fato superveniente que causa excessiva onerosidade para o consumidor, não é mais novidade da jurisprudência brasileira.

---

[28] MARQUES, Claudia Lima, op. cit., p. 299.

[29] AZEVEDO, Álvaro Villaça. Extinção dos contratos por onerosidade excessiva e inaplicabilidade da teoria da imprevisão. *Revista do Advogado*, São Paulo, a. 32, n. 116, 2012, p. 19: "Nesse dispositivo legal está presente, salvo melhor juízo, o entendimento justinianeu de não permitir onerosidade excessiva e de reprimir e reprimir cláusulas abusivas, leoninas, que quebrem o princípio da comutatividade dos contratos."

Com efeito, não se pode deixar de registrar a pequena confusão no texto legal com a incidência da teoria da quebra da base do contrato com a teoria da imprevisão. Nessa linha, precedente jurisprudencial emanado do Superior Tribunal de Justiça define e estabelece clara distinção entre a teoria da imprevisão e da excessiva onerosidade por fato superveniente (base objetiva do negócio):

> RECURSO ESPECIAL. CIVIL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA. DÓLAR AMERICANO. MAXIDESVALORIZAÇÃO DO REAL. AQUISIÇÃO DE EQUIPAMENTO PARA ATIVIDADE PROFISSIONAL. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. TEORIAS DA IMPREVISÃO. TEORIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA. TEORIA DA BASE OBJETIVA. INAPLICABILIDADE.
>
> 1. Ação proposta com a finalidade de, após a maxidesvalorização do real em face do dólar americano, ocorrida a partir de janeiro de 1999, modificar cláusula de contrato de compra e venda, com reserva de domínio, de equipamento médico (ultrassom), utilizado pelo autor no exercício da sua atividade profissional de médico, para que, afastada a indexação prevista, fosse observada a moeda nacional.
>
> 2. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza, como destinatário final, produto ou serviço oriundo de um fornecedor. Por sua vez, destinatário final, segundo a teoria subjetiva ou finalista, adotada pela Segunda Seção desta Corte Superior, é aquele que ultima a atividade econômica, ou seja, que retira de circulação do mercado o bem ou o serviço para consumi-lo, suprindo uma necessidade ou satisfação própria, não havendo, portanto, a reutilização ou o reingresso dele no processo produtivo.
>
> Logo, a relação de consumo (consumidor final) não pode ser confundida com relação de insumo (consumidor intermediário).
> Inaplicabilidade das regras protetivas do Código de Defesa do Consumidor.
>
> 3. A intervenção do Poder Judiciário nos contratos, à luz da teoria da imprevisão ou da teoria da onerosidade excessiva, exige a demonstração de mudanças supervenientes das circunstâncias iniciais

vigentes à época da realização do negócio, oriundas de evento imprevisível (teoria da imprevisão) e de evento imprevisível e extraordinário (teoria da onerosidade excessiva), que comprometa o valor da prestação, demandando tutela jurisdicional específica.

4. O histórico inflacionário e as sucessivas modificações no padrão monetário experimentados pelo país desde longa data até julho de 1994, quando sobreveio o Plano Real, seguido de período de relativa estabilidade até a maxidesvalorização do real em face do dólar americano, ocorrida a partir de janeiro de 1999, não autorizam concluir pela imprevisibilidade desse fato nos contratos firmados com base na cotação da moeda norte-americana, em se tratando de relação contratual paritária.

5. A teoria da base objetiva, que teria sido introduzida em nosso ordenamento pelo art. 6º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), difere da teoria da imprevisão por prescindir da previsibilidade de fato que determine oneração excessiva de um dos contratantes. Tem por pressuposto a premissa de que a celebração de um contrato ocorre mediante consideração de determinadas circunstâncias, as quais, se modificadas no curso da relação contratual, determinam, por sua vez, consequências diversas daquelas inicialmente estabelecidas, com repercussão direta no equilíbrio das obrigações pactuadas. Nesse contexto, a intervenção judicial se daria nos casos em que o contrato fosse atingido por fatos que comprometessem as circunstâncias intrínsecas à formulação do vínculo contratual, ou seja, sua base objetiva.

6. Em que pese sua relevante inovação, tal teoria, ao dispensar, em especial, o requisito de imprevisibilidade, foi acolhida em nosso ordenamento apenas para as relações de consumo, que demandam especial proteção. Não se admite a aplicação da teoria do diálogo das fontes para estender a todo direito das obrigações regra incidente apenas no microssistema do direito do consumidor, mormente com a finalidade de conferir amparo à revisão

> de contrato livremente pactuado com observância da cotação de moeda estrangeira.
>
> 7. Recurso especial não provido.[30]

Assim, se é verdadeira a assertiva segundo a qual a simples quebra da base contratual pode levar à revisão contratual, não é menos verdadeira a assertiva de que a revisão, em razão do princípio da conservação dos contratos de consumo,[31] deve ser balizada pelo disposto no art. 51, § 2º do CDC, a dizer:

> Em atendimento ao princípio da conservação dos contratos, a interpretação das cláusulas apontadas como abusivas e a análise da presunção de vantagem exagerada devem ser feitas de modo a imprimir utilidade e operatividade ao negócio jurídico de consumo, não devendo ser empregada solução que tenha por escopo negar efetividade à convenção contratual.[32]

Cabe retomar a questão central, ou seja, se e quando um contrato de turismo que expressar uma relação de consumo, e as obrigações contratuais se tornarem excessivamente onerosas, por fato superveniente, leia-se a Covid-19, elas podem ser revisadas? A resposta é sim, sempre que a pandemia for a causa da excessiva e superveniente onerosidade contratual, ou na lição acima, em razão dela, cláusulas contratuais inseridas: a) em contrato bilateral de execução diferida ou sucessiva; b) haja alteração significativa das condições ambientes entre o momento da celebração e da execução do contrato, gerando excessiva onerosidade para o consumidor.

---

[30] REsp 1321614/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Rel. p/ Acórdão Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 03/03/2015.

[31] "A redução parcial não é um instituto exclusivo do Direito Civil, entretanto, como demonstraremos. De acordo com o § 2º do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor [...]" GUERRA, Alexandre. *Princípio da conservação dos negócios jurídicos*: a eficácia jurídico-social como critério de superação das invalidades negociais. São Paulo: Almedina, 2016, p. 327.

[32] GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto:* direito material e processo coletivo. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 601.

Todavia, essa revisão judicial encontra limite e baliza no § 2º, do art. 51, do CDC, a determinar que "A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes."

É dizer, segundo Alexandre Guerra:

> O objeto da redução parcial do negócio jurídico não é um contrato em si, como referimos, mas, sim, as suas cláusulas, as quais podem ser sacrificadas no caso específico sem derribar o negócio como um todo. Em um caso concreto, mesmo após ter o intérprete tentado integrar o contrato, se a posição das partes permanecer desequilibrada, é certo, o contrato não poderá subsistir.[33]

A consequência da revisão contratual é a sua integração (ou redução para alguns autores) do negócio jurídico, seja com a simples exclusão da obrigação contratual, seja com a integração das demais cláusulas pela perda do equilíbrio contratual em razão da onerosidade excessiva e superveniente reequilibrando-se os direitos e as obrigações recíprocas, sendo esta a revisão, leia-se integração contratual, limitada pelo excessivo ônus para parte contrária.

Tal exercício de integração deverá ser exercido sob a inspiração dos princípios acima elencados, da confiança, da boa-fé e da equidade, e deverão ser ministrados com extrema prudência e ponderação, sempre tendo presente que a harmonia das relações contratuais é um dos fundantes princípios contratuais do sistema de proteção e defesa do consumidor brasileiro.

3.2. Das medidas provisórias n. 925/2020 e 948/2020

A Medida Provisória n. 925, de 18 de março de 2020, dispõe sobre medidas emergenciais para a aviação civil brasileira em razão da

---

[33] Idem, p. 327.

pandemia da Covid-19, em especial o prazo de reembolso de passagens aéreas e a isenção de penalidades contratuais se e quando for aceito utilizar o respectivo crédito no prazo de doze meses do voo.[34]

Por sua vez, a Medida Provisória n. 948, de 8 de abril de 2020, dispõe sobre o cancelamento de serviços, de reservas e de eventos dos setores de turismo e cultura em razão do estado de calamidade pública, com claro escopo de proteger os fornecedores de serviços turísticos, em razão do seu inadimplemento contratual ocasionado pela pandemia, leia-se, revisão contratual por excessiva onerosidade em razão de fato superveniente.[35]

O escopo da norma é impedir o consumidor de ser prontamente ressarcido dos valores pagos por serviço não prestado, por impossibilidade material, é verdade, garantindo-se ao fornecedor o direito a remarcação do serviço ou a disponibilização do crédito, ambos em até doze meses contados do fim da pandemia, em termos a serem acordados entre as partes. Não alcançado o acordo, o consumidor será ressarcido em até 12 meses, contados do fim da pandemia, sendo o valor corrigido monetariamente.

A interpretação superficial do texto legal é a do Poder Executivo ter se antecipado ao Judiciário e reconhecendo a quebra da base contratual (genericamente), “revisou” os contratos, estabelecendo formas de renegociação, sem considerar o Sistema de Proteção e Defesa do Consumidor, especialmente sua vulnerabilidade, que tem estamento constitucional (art. 5º, inciso XXXII, e 170, inciso V, da Constituição Federal). Mas este seria outro artigo.

A questão que se coloca é que a revisão contratual como instrumento de equilíbrio contratual na forma já prevista no Código de

---

[34] MP 925/2020 “Art. 3º – O prazo para o reembolso do valor relativo à compra de passagens aéreas será de doze meses, observadas as regras do serviço contratado e mantida a assistência material, nos termos da regulamentação vigente. § 1º. Os consumidores ficarão isentos das penalidades contratuais, por meio da aceitação de crédito para utilização no prazo de doze meses, contado da data do voo contratado.”

[35] MP 948/20. “Art. 2º – Na hipótese de cancelamento de serviços, de reservas e de eventos, incluídos shows e espetáculos, o prestador de serviços ou a sociedade empresária não serão obrigados a reembolsar os valores pagos pelo consumidor, desde que assegurem: [...] Art. 5º – As relações de consumo regidas por esta Medida Provisória caracterizam hipóteses de caso fortuito ou força maior e não ensejam danos morais, aplicação de multa ou outras penalidades, nos termos do disposto no art. 56 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.”

Defesa do Consumidor é suficiente para o enfrentamento do tema sob o prisma das relações de consumo, de modo que a iniciativa do Poder Executivo se apresentou, minimamente, desnecessária, nesse sentido o veto aos artigos 6º e 7º da Lei 14.010/2020,[36] a excluir do texto legal a referência aos consumidores dada a existência do CDC.

3.3. Termo de Ajustamento de Conduta das companhias aéreas firmado com o Ministério da Justiça e com a Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON)

De forma diversa da MP n. 948/2020, o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), por si só, merece todos os elogios, pois denota a efetiva ação governamental (art. 4º, inciso II, do CDC).

Os seus termos indicam a primária preocupação com a preservação dos contratos ante a possibilidade de extensão dos prazos de validade dos bilhetes, informada pela boa-fé objetiva, quando estabelece para as companhias aéreas obrigação de cuidado com os passageiros alcançados com fechamento de fronteiras.[37]

---

[36] "'DA RESILIÇÃO, RESOLUÇÃO E REVISÃO DOS CONTRATOS
Art. 6º – As consequências decorrentes da pandemia do coronavírus (Covid-19) nas execuções dos contratos, incluídas as previstas no art. 393 do Código Civil, não terão efeitos jurídicos retroativos.
Art. 7º – Não se consideram fatos imprevisíveis, para os fins exclusivos dos arts. 317, 478, 479 e 480 do Código Civil, o aumento da inflação, a variação cambial, a desvalorização ou a substituição do padrão monetário.
§ 1º As regras sobre revisão contratual previstas na Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e na Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991, não se sujeitam ao disposto no *caput* deste artigo.
§ 2º Para os fins desta Lei, as normas de proteção ao consumidor não se aplicam às relações contratuais subordinadas ao Código Civil, incluindo aquelas estabelecidas exclusivamente entre empresas ou empresários.'
Razões dos vetos:
'A propositura legislativa, contraria o interesse público, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro já dispõe de mecanismos apropriados para modulação das obrigações contratuais em situação excepcionais, tais como os institutos da força maior e do caso fortuito e teorias da imprevisão e da onerosidade excessiva.'" Disponível em: https://bit.ly/3iXlLho. Acesso em: 13 jun. 2020.

[37] SENACON. Termo de Ajustamento de Conduta. Regramentos envolvendo o cancelamento de voos nacionais e internacionais por conta da pandemia de COVID-19. Notícias Ministério da Justiça e Segurança Pública, Brasília, DF, 20 mar. 2020. Disponível em: https://bit.ly/33SqxWP. Acesso em: 31 maio 2020.

Não bastasse, encaminha a solução de eventuais disputas, prioritariamente para a plataforma governamental de solução de conflitos, denominada de *consumidor.gov.br*,[38] entidade destinada à solução negociada de conflitos, de forma a atender, mais um dos objetivos do CDC, agora o inciso V do art. 4º, "incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo", mas de toda forma sem afastar o acesso à prestação da tutela jurisdicional.

Aqui um pequeno, mas relevante parêntese: os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) do Estado de São Paulo estão em pleno funcionamento, inclusive com a realização de reuniões telepresenciais, nos mesmos moldes em que se realizam as audiências judiciais, de modo a permitir a mediação e a conciliação pré-processual,[39] sempre a permitir a integração contratual de forma consensual e pacífica.

4. Breve análise crítica da atuação do Judiciário à luz de decisões já proferidas

Por fim, este artigo arrisca uma abordagem rápida em algumas das decisões inicialmente noticiadas, confrontando-as com as lições doutrinárias e jurisprudenciais antes elencadas, mesmo sabendo tratar-se, em sua maioria, de decisões liminares e, portanto, de cognição superficial e eficácia transitória.

A primeira decisão foi assim noticiada:

> Companhia aérea deverá providenciar volta de passageiros da Austrália. Pandemia gera decisões jurídicas acerca do turismo, ou ainda, site deverá

[38] O *consumidor.gov.br* é um serviço público que permite a interlocução direta entre consumidores e empresas para solução de conflitos de consumo pela internet.

[39] VIAPIANA, Tábata. TJ-SP cria projeto-piloto de conciliação e mediação durante pandemia de Covid-19. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 18 abr. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3mJ5ezW. Acesso em: 14 jun. 2020.

> cancelar reserva de hotel e estornar valor sem multa […] A Vara do Juizado Especial Cível de Barueri condenou um site de reserva de hotéis a cancelar, sem qualquer incidência de multa, as reservas feitas por uma pessoa, bem como estornar o valor de R$5.536,87 previamente pago. A autora alegou que o cancelamento se deve pela pandemia de Covid-19. Processo n. 1003997-66.2020.8.26.0068.[40]

Note-se que a decisão foi proferida em sede de juizado especial, portanto, informada pela economia e celeridade processual, além da informalidade próprias dos juizados, e assim decidiu:

> Em desdobramento lógico, deverá a ré proceder ao cancelamento sem a incidência de multa ou quaisquer abatimentos, sob pena de enriquecimento ilícito, pois, repita-se, o autor não deu causa ao cancelamento. A cláusula de reserva não reembolsável não se aplica no caso vertente dada a completa imprevisibilidade do evento determinante para o cancelamento.
> Ademais, os próprios países que eram destinos do autor proibiram a entrada de turistas em seus territórios por causa da pandemia, o que inviabilizaria completamente a prestação dos serviços contratados.[41]

E termina por concluir condenando a empresa de turismo a

> ISSO POSTO, julgo PROCEDENTES os pedidos deduzidos por […] em face de […], para o fim de, ratificando a tutela concedida, CONDENAR a demandada a proceder ao imediato cancelamento das reservas n. 8138125316028,9210905015363, 9205912317317 e 9210391408618, sem qualquer incidência de multa, bem como restituir/estornar os valores pagos

---

[40] COMPANHIA aérea deverá providenciar volta de passageiros da Austrália. *Notícias Tribunal de Justiça de São Paulo,* São Paulo, 4 maio 2020. Disponível em: https://bit.ly/3iMCLqm. Acesso em: 30 maio 2020.
[41] Disponível em: https://bit.ly/3kF64f7. Acesso em: 6 jun. 2020.

> pelo autor na ordem de R$ 5.536,87, acrescido de 3 (três) diárias bônus do programa de fidelidade, aplicando-se correção monetária desde o desembolso e juros de mora a partir da citação.[42]

Aqui dois temas chamam a atenção: a fundamentação jurídica na teoria da imprevisão, a desatenção ao princípio da preservação dos contratos e da análise da possibilidade de integração contratual.

A segunda decisão foi assim noticiada: "Casal de idosos que teve voo cancelado poderá remarcar sem taxas. Idosos iriam participar de comemoração de 75 anos da Batalha de Montese, na Itália, mas evento foi cancelado devido à pandemia."[43]

Por sua vez, note-se que a segunda decisão foi proferida em procedimento comum, assim decidiu:

> Alegaram os autores terem adquirido da primeira ré, em 15/10/2019, passagens aéreas na classe executiva de voos operados pela segunda ré, com data de embarque prevista para o dia 16/04/2020 e chegada prevista em 28/04/2020, com destino à Itália, para participarem das comemorações de 75 anos da tomada da cidade de Montese pelas Tropas da Força Expedicionária Brasileira.
>
> Em sede liminar, [...] É cediço que a pandemia que vivenciamos obsta o funcionamento do turismo, assim como a realização de festividades locais, em função do incentivo da Organização Mundial de Saúde para que os países procedam ao isolamento social de seus cidadãos, devido à tamanha preocupação com a população em virtude do número alarmante de pessoas infectadas e os óbitos em decorrência da doença.
>
> Dessa forma, a realização da viagem no período contratado seria, por óbvio, descabida.

---

[42] Idem.

[43] CASAL de idosos que teve voo cancelado poderá remarcar sem taxas. *Migalhas*, [S. l.], 18 maio 2020. Disponível em: https://bit.ly/3mQOPJR. Acesso em: 6 jun. 2020.

> Diante do exposto, presentes os requisitos ensejadores, DEFIRO a tutela de urgência para determinar que as rés procedam à realocação dos autores em classe executiva, em período definido pelos requerentes e sem a cobrança das taxas usuais, até o dia 28 de abril de 2021, ou seja, um ano após a data de retorno programada inicialmente.[44]

Nessa decisão, mesmo que superficialmente, tem-se a análise da impossibilidade do cumprimento da obrigação (quebra da base contratual), por ambas as partes, integra-se o contrato, com a revisão da cláusula termo das obrigações contratadas.

A terceira decisão foi assim noticiada: "Companhia aérea não deve restituir de imediato passagem cancelada durante pandemia. Juízo considerou que a restituição só deve ser imediata por conversão em crédito com prazo de 12 meses."[45]

Aqui também a decisão foi proferida em sede de juizado especial, dessa vez com abordagem específica da MP 925/2020, tendo assim decidido:

> Primeiramente, considerando os termos da MEDIDA PROVISÓRIA Nº 925, DE 18 DE MARÇO DE 2020, [...]
>
> Diante do exposto, percebe-se ser necessário, de um lado, salvaguardar os interesses dos consumidores a fim de que não sejam penalizados (mediante multas etc.) e, de outro, o das companhias aéreas, para que não amarguem prejuízos ainda maiores e isso acarrete falência e mais desemprego. Por óbvio, nenhuma das partes é responsável pelo fortuito externo. [...]
>
> Conquanto os casos acima versem sobre consórcio, o que importa é a ratio das decisões proferidas: os autores recorrentes pleitearam restituição imediata das quantias por eles desembolsadas.

[44] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Processo Judicial Eletrônico Número: 5002068-18.2020.8.13.0188. Disponível em: https://bit.ly/2ZYQ7Z7. Acesso em: 6 jun. 2020.

[45] COMPANHIA aérea não deve restituir de imediato passagem cancelada durante pandemia. *Migalhas*, [S. l.], 29 abr. 2020. Disponível em: https://bit.ly/32Ta1a8. Acesso em: 6 jun. 2020.

> Os julgadores, em primeira instância, entenderam ser o caso de devolução posterior e julgaram tal pedido improcedente.
>
> Tal compreensão foi mantida em segunda instância.
>
> Destarte, a restituição do numerário desembolsado só será imediata se o autor aceitar sua conversão em crédito para utilização no prazo de doze meses, contado da data do voo contratado (art. 3º, §1º, MP 925/2020).[46]

Nessa decisão chama a atenção o fato da revisão contratual ter fundamento legal, especialmente aquele que estabeleceu critérios para a integração contratual, depois de reconhecida a impossibilidade de cumprimento das obrigações em razão da Covid-19, mas também a preocupação com a fundamentação, sem citação direta, ao princípio da harmonia, ao constatar o ônus excessivo para os fornecedores, os seus termos indicam a primária atenção com a preservação dos contratos ante a possibilidade de extensão dos prazos de validade dos bilhetes, com a boa-fé objetiva, quando estabelece para as companhias aéreas obrigação de cuidado com os passageiros.

Verifica-se, por fim, que são várias as formas de abordagem do tema, mas permanece hígida a assertiva de que a revisão contratual como instrumento de equilíbrio contratual na forma já prevista no Código de Defesa do Consumidor é suficiente e adequada para o enfrentamento da impossibilidade temporária das obrigações contraídas em contratos de turismo que expressem relações de consumo em razão da Covid-19.

---

[46] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Sentença. Reclamação: 1008474-42.2020.8.26.0001 – Procedimento do Juizado Especial Cível. Disponível em: https://bit.ly/2FQl9vz. Acesso em: 6 jun. 2020.

Conclusão

Em uma breve abordagem, verifica-se que as primeiras decisões proferidas pelo Poder Judiciário amparam-se na melhor análise dos conceitos inseridos pelo Código de Defesa do Consumidor e consagradas pela doutrina e pela jurisprudência.

Nessa medida, certamente, quando as questões encontrarem as sentenças e acórdãos consolidados, constataremos a incidência plena do Código de Defesa do Consumidor na defesa e proteção do consumidor, com o equilíbrio das relações contratuais e sem ônus excessivos ao fornecedor de serviços turísticos.

Referências

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Código do Consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

AMARAL JUNIOR, Alberto do. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor.* São Paulo: Saraiva, 1991.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Extinção dos contratos por onerosidade excessiva e inaplicabilidade da teoria da imprevisão. *Revista do Advogado,* São Paulo, a. 32, n. 116, p. 16-21, 2012.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico:* existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *O conceito jurídico de consumidor*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 628, p. 69-79, 1988.

BESSA, Leonardo Roscoe. *Relação de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor:* Código de Defesa do Consumidor. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

BULLA, Beatriz. EUA decidem barrar quem passou pelo Brasil. *Uol Economia,* [S. l.], 25 maio 2020. Disponível em: https://bit.ly/3hNfBio. Acesso em: 25 maio 2020.

CASAL de idosos que teve voo cancelado poderá remarcar sem taxas. *Migalhas,* [S. l.], 18 maio 2020. Disponível em: https://bit.ly/3mQOPJR. Acesso em: 6 jun. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

COMPANHIA aérea deverá providenciar volta de passageiros da Austrália. *Notícias Tribunal de Justiça de São Paulo,* São Paulo, 4 maio 2020. Disponível em: https://bit.ly/3iMCLqm. Acesso em: 30 maio 2020.

COMPANHIA áerea não deve restituir de imediato passagem cancelada durante pandemia. *Migalhas*, [S. l.], 29 abr. 2020. Disponível em: https://bit.ly/32Ta1a8. Acesso em: 6 jun. 2020.

DE LUCCA, Newton. *Direito do consumidor.* São Paulo: Quartier Latin, 2003.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FERRAZ, Joandre Antonio. *Obrigações e contratos em viagens de turismo:* transporte aéreo; meios de hospedagem; agências de turismo. Barueri: Minha Editora; São Paulo: Ipeturis, 2005.

FERREIRA, Aparecido Hernani (coord.). *O novo Código Civil discutido por juristas brasileiros*. Campinas: Bookseller, 2003.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FURUKAWA, Adriana Tayano Fanton *et al*. *Reflexões de magistrados paulistas nos 25 anos do Código de Defesa do Consumidor.* São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015.

GAMA, Hélio Zaghetto. *Curso de direito do consumidor.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GARBI, Carlos Alberto. *A intervenção judicial no contrato em face do princípio da integralidade da prestação e da cláusula geral da boa-fé:*

uma nova visão do adimplemento contratual. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2014.

GRAÇA, Victor; SENTO, Larissa. O impacto da Covid-19 na responsabilidade civil das relações de consumo. *Revista Consultor Jurídico,* São Paulo, 12 abr. 2020. Disponível em: https://bit.ly/2RJ1tMy. Acesso em: 30 maio 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto:* direito material e processo coletivo. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GUERRA, Alexandre. *Princípio da conservação dos negócios jurídicos:* a eficácia jurídico-social como critério de superação das invalidades negociais. São Paulo: Almedina, 2016.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *Dos contratos de hospedagem, de transporte de passageiros e de turismo*. São Paulo: Saraiva, 2007.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *Vício do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança:* cumprimento imperfeito do contrato. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor:* o novo regime das relações contratuais. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MINISTRO julga inviável ação de empresas de turismo contra medidas de isolamento social. *Notícias STF*, Brasília, DF, 20 abr. 2020. Disponível em: https://bit.ly/35V1qW8. Acesso em: 30 maio 2020.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumido*r. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MORATO, Antonio Carlos; NERI, Paulo de Tarso (org.). *20 anos do Código de Defesa do Consumidor:* estudos em homenagem ao Professor José Geraldo Brito Filomeno. São Paulo: Atlas, 2010.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o Código de Defesa do Consumidor.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Anísio José de. *A teoria da imprevisão nos contratos*. 3. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2002.

PACHECO, Cláudio Gonçalves. O direito do consumidor e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas. *Universitas/JUS,* Brasília, DF, v. 23, n. 2, p. 15-21, 2012.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos:* autonomia da vontade e teoria da imprevisão. São Paulo: Atlas, 2002.

SAMPAIO, Fabiana. Quase centenário, Copacabana Palace fecha as portas pela primeira vez. *Rádio Agência Nacional,* Rio de Janeiro, 10 abr. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3clIH7p. Acesso em: 30 maio 2020.

SANTOS, Antonio Jeová. *Função social, lesão e onerosidade excessiva nos contratos*. São Paulo: Método, 2002.

SENACON. Termo de Ajustamento de Conduta. Regramentos envolvendo o cancelamento de voos nacionais e internacionais por conta da pandemia de COVID-19. *Notícias Ministério da Justiça e Segurança Pública,* Brasília, DF, 20 mar. 2020. Disponível em: https://bit.ly/33SqxWP. Acesso em: 31 maio 2020.

SETOR de turismo contesta resolução do Bacen que limita renegociação de dívidas durante a pandemia. *Notícias STF,* Brasília, DF, 9 abr. 2020. Disponível em: https://bit.ly/2HmoS4s. Acesso em: 30 maio 2020.

SHIMURA Sérgio; MELO, Tasso Duarte de. Cláusula atenuadora de responsabilidade. *Cadernos jurídicos:* direito do consumidor: estudos em homenagem ao professor Paulo Jorge Scartezzini Guimarães, São Paulo, a. 20, n. 49, p. 169-183, 2019.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito do consumidor*: direito material e processual. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TJSP condena site de turismo a reembolsar viagem cancelada. *Notícias Tribunal de Justiça de São Paulo,* São Paulo, 9 maio 2020. Disponível em: https://bit.ly/3kB5rD7. Acesso em: 30 maio 2020.

VIAPIANA, Tábata. TJ-SP cria projeto-piloto de conciliação e mediação durante pandemia de Covid-19. *Revista Consultor Jurídico,* São Paulo, 18 abr. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3mJ5ezW. Acesso em: 14 jun. 2020.

VITAL, Danilo. MP complementa Código do Consumidor, mas peca na técnica, dizem especialistas. *Revista Consultor Jurídic*o, São Paulo, 13 abr. 2020. Disponível em: https://bit.ly/2ROB5Rf. Acesso em: 30 maio 2020.

WADA, Ricardo Morishita. Vinte e cinco anos do Código de Defesa do Consumidor. *Revista do Advogado*, São Paulo, a. 36, n. 130, p. 125-132, 2016.

WANG, Daniel Wei Liang; SUNDFELD, Carlos Ari. Qual o papel do Judiciário no combate à Covid-19? *Revista JOTA*, São Paulo, 13 abr. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3mEbSHv. Acesso em: 30 maio 2020.

Efeitos da pandemia da Covid-19 nos contratos bancários[1]

Cinara Palhares[2]
Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução; 2. Revisão contratual: da cláusula rebus sic stantibus à onerosidade excessiva; 3. Efeitos da Covid-19 nos contratos bancários; 3.1. Dever de renegociação; 3.2. Atuação supletiva do Juiz com atenção para o caso concreto no tratamento das situações de superendividamento; 3.3. Regulamentação pelo conselho monetário nacional; 4. Conclusão; 5. Referências.

1. Introdução

Os contratos bancários sempre foram um terreno fértil para as discussões acerca das causas de revisão contratual. É que estes, por sua própria natureza,[3] são caracterizados como contratos de execução continuada ou diferida, sendo suscetíveis, portanto, aos efeitos da alteração das circunstâncias existentes no momento de sua conclusão, podendo exigir a adequação na forma de execução das obrigações assumidas. A essas circunstâncias, que normalmente referíamos como sendo relativas à economia global ou doméstica, à política ou mesmo à condição pessoal do devedor (nos casos de superendividamento, por exemplo), agora acrescentamos a situação de emergência sanitária.

---

[1] Dedico esse artigo ao Professor Renan Lotufo, que em suas aulas no curso de mestrado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo repetia incansavelmente: "o objetivo final de todos os contratos é a *extinção pelo adimplemento*".

[2] Mestre e doutora pela Universidade de São Paulo. Professora Assistente dos Cursos de Direito do Consumidor e Processo Civil da Escola Paulista da Magistratura.

[3] O que é o crédito se não a disponibilização imediata de valores com a promessa de devolução futura, mediante o pagamento de um preço — juro.

Para abordar o tema relativo aos efeitos da pandemia da Covid-19 nos contratos bancários, será necessário, portanto, retomar as teorias relacionadas à revisão contratual, com a sua evolução a partir da cláusula rebus sic stantibus, passando pelas teorias da imprevisão e do rompimento da base do negócio jurídico, até a mais radical revisão por onerosidade excessiva prevista pelo Código de Defesa do Consumidor brasileiro.

No entanto, mais do que atingir a equivalência das prestações, que é a base objetiva do contrato, a crise econômica advinda da pandemia afetará a capacidade econômica dos consumidores e empresas de honrar os compromissos assumidos em contratos de concessão de crédito, dando ensejo a uma onda de superendividamento passivo sem precedentes na história recente.

Para enfrentar os problemas decorrentes desse contexto é preciso harmonizar a defesa do consumidor com a preservação da segurança jurídica e a necessidade de retomada do crescimento econômico. Nesse intuito, serão propostas algumas soluções conciliatórias, tais como: 1) a ênfase no dever de renegociação das dívidas; 2) atuação supletiva do Juiz com atenção para o caso concreto no tratamento das situações de superendividamento; 3) o papel do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central na regulamentação da revisão dos contratos bancários, prevendo hipóteses de prorrogação dos vencimentos, suspensão de exigibilidade das parcelas durante a pandemia, e incentivando a renegociação de dívidas.

Juntamente com esses temas, serão analisados alguns casos que já vêm sendo trazidos ao Poder Judiciário paulista, apesar da novidade do tema, estando a jurisprudência em plena construção.

2. Revisão contratual: da cláusula *rebus sic stantibus* à onerosidade excessiva

Sempre que o tempo for elemento do contrato, o que ocorre nos contratos de execução continuada ou diferida, poderá surgir a questão da revisão contratual em razão da alteração das circunstâncias. Isso porque as partes estabelecem o vínculo contratual dentro de um determinado contexto econômico e social, e, sobrevindo a alteração das circunstâncias presentes no momento da sua formação, poderá

ocorrer um abalo na função econômica e social do contrato, seja porque as prestações se tornaram excessivamente onerosas, seja porque o negócio perdeu o seu sentido inicial,[4] demandando a resolução do vínculo ou a alteração na sua forma de execução. Os contratos de crédito, caracterizados pela execução prolongada no tempo, e por serem um instrumento primordial para a circulação de riquezas, sofrendo diretamente os efeitos das alterações políticas e econômicas, estão sempre no centro das discussões acerca da revisão contratual.

A primeira teoria a respeito da revisão contratual surgiu por intermédio da cláusula *rebus sic stantibus*,[5] pela qual o cumprimento do contrato fica condicionado à permanência do estado de fato existente à época da contratação.[6] Durante o Estado liberal, a cláusula *rebus sic stantibus* caiu no esquecimento, pois representava um perigo para os ideais da época de totalidade do ordenamento jurídico e de força obrigatória dos contratos. Após o silêncio dos juristas da iluminação, a cláusula *rebus sic stantibus* ressurgiu em razão de necessidades práticas que se apresentaram (revoluções, crises e guerras), e sofreu diversas reformulações, seguindo duas tradições: a alemã e a francesa.

A doutrina alemã a respeito da revisão contratual desenvolveu-se a partir de Windscheid, que em 1850 publicou a sua teoria da pressuposição,[7] posteriormente retomada por Paul Oertmann, que lançou a teoria da base do negócio jurídico em sentido subjetivo, definida pelo autor como sendo

[4] Como nos casos de frustração do fim do contrato. A esse respeito: COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato:* o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual. São Paulo: Renovar, 2012.

[5] Para aprofundar o estudo, ver: MORAES, Renato José de. *Cláusula rebus sic stantibus*. São Paulo: Saraiva, 2001.

[6] Como lembrou o professor José Fernando Simão: "Daí rebus (as coisas) sic (assim) stantibus (estando)". (SIMÃO, José Fernando. O contrato nos tempos da Covid-19: esqueçam a força maior e pensem na base do negócio. *Migalhas,* [S. l.], 3 abr. 2020. Disponível em: https://bit.ly/30dXKLz. Acesso em: 28 set. 2020.

[7] De acordo com esta teoria, quem manifesta a vontade sob uma pressuposição — tal como quem emite uma declaração de vontade condicionada —, quer que o efeito jurídico se produza somente se ocorrer um certo estado de coisas. Se o efeito jurídico subsistir mesmo que não tenha ocorrido a pressuposição, isso não corresponderia ao verdadeiro querer do declarante. Assim, a pressuposição seria uma condição não desenvolvida, que teria como consequência a possibilidade de resistência ao cumprimento da obrigação pela parte prejudicada (CORDEIRO, António Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina. 1984, p. 978-980).

> a representação mental de uma das partes no momento da conclusão do negócio jurídico, conhecida em sua totalidade e não rechaçada pela outra parte, ou a comum representação das diversas partes sobre a existência ou aparição de certas circunstâncias, nas quais se embasa a vontade negocial.[8]

Se não existem essas circunstâncias, ou se desaparecem posteriormente, sem que se tenha assumido o risco do desaparecimento, a parte prejudicada teria o direito de resolver o contrato.[9]

A teoria da base de Oertmann recebeu várias críticas, sendo a principal delas a formulada por Karl Larenz,[10] que propôs como solução a divisão da base negocial em: subjetiva, que se refere aos motivos, devendo ser juridicamente concebida dentro da teoria do erro sobre os motivos; e objetiva, que se refere à impossibilidade de realizar o fim do contrato ou à destruição da relação de equivalência entre as prestações, devendo ser regulada de forma diversa, com fundamento na alteração das circunstâncias.[11]

---

8 OERTMANN, Paul. *Geschäftsgrundlage, apud* LARENZ, Karl. Base del negocio jurídico y cumplimiento del contrato. Madrid: Revista del Derecho Privado, 1956, p. 7.

9 Oertmann procurou esquivar-se das críticas formuladas a Windscheid argumentando que a base do negócio se diferenciava dos motivos, pois esses são unilaterais e apenas por coincidência são partilhados pelas partes; já os fundamentos (ou base) do negócio são comuns a ambas as partes, reportando-se ao contrato como um todo. De qualquer forma, era fundamental que houvesse a representação mental, seja de uma das partes, conhecida e não refutada pela outra, ou de ambas as partes, daí porque se trata da base subjetiva do negócio. (OERTMANN, Paul. *Geschäftsgrundlage*, apud, CORDEIRO, António Menezes, op. cit., p. 1033).

10 Larenz formula sua crítica nos seguintes termos: "1) La teoría de Oertmann es muy amplia. Si se aplica integramente, debe admitirse la desaparición de la base del negocio en numerosos casos en los cuales no se ha logrado el propósito de utilización del cliente, que el fabricante o proveedor nunca hizo suyo, aunque le fuera comunicado. Cada parte, sin embargo, debe soportar el riesgo de la frustración de su particular propósito subjetivo; la fórmula de Oertmann no responde a este reparto del riesgo exigido por motivos de seguridad contractual. 2) Pero la teoría de Oertmann es también muy limitada. Se ocupa de lo que las partes se han representado, no de lo que es necesario objetivamente para la consecución de la finalidad contractual común a ambas. Esta cuestión de la finalidad contractual común a ambas. Esta cuestión debe ser examinada en numerosos casos. Son estos casos aquellos que las teorías de Krückmann y Locher tienen preferentemente en cuenta". (LARENZ, Karl, op. cit., p. 20)

11 "La expresión 'base del negocio' puede ser entendida, y así lo ha sido, en un doble sentido. En primer lugar, como la base 'subjetiva' de la determinación de la voluntad de una o ambas partes, como una representación mental existente al concluir el negocio que ha influído grandemente en la

Em 2002, o Código Civil alemão (BGB) disciplinou o que já vinha sendo discutido pela doutrina e decidido pela jurisprudência a respeito das consequências da impossibilidade na execução da prestação (§ 275) e da alteração das circunstâncias (§313) no adimplemento dos contratos. O artigo § 313 do BGB,[12] consagrou a teoria do rompimento da base do negócio nos seus dois sentidos (base objetiva e base subjetiva),[13] prevendo no inciso I "a adaptação do contrato, e em especial a repartição contratual ou legal do risco" em razão da alteração das circunstâncias e, no inciso II, a consideração das circunstâncias subjetivas relacionadas à motivação do contratante. Por fim, no inciso III, prevê a possibilidade de resolução do contrato.

Na França, devido à forte influência do liberalismo no Direito Civil, as Cortes civis resistiram fortemente à aceitação de uma hipótese em que o contrato poderia deixar de ser cumprido.[14] Foi no âmbito do Direito Administrativo, no qual se reconhecia um papel de destaque para o interesse público, que surgiu a *teoria da imprevisão,* a qual permitia a revisão do contrato de execução continuada nos casos em que eventos supervenientes, imprevisíveis e extraordinários tornassem as prestações de uma das partes excessivamente onerosa. No âmbito das relações civis, em razão das Guerras Mundiais e de graves crises financeiras, os casos que demandavam revisão contratual foram

---

formación de los motivos. En segundo lugar, como la base 'objetiva' del contrato (en cuanto complejo de sentido inteligible), o sea, como el conjunto de circunstancias cuya existencia o persistencia presupone debidamente el contrato – sépanlo o no los contratantes – ya que, de no ser así, no se lograría el fin del contrato, el propósito de las partes contratantes y la subsistencia del contrato no tendría 'sentido, fin u objeto'" (LARENZ, Karl, op. cit., p. 37).

[12] Tradução livre do inglês: "§313. (1) Quando, depois da conclusão contratual, as circunstâncias que constituíram a base do contrato se tenham consideravelmente alterado e quando as partes, se tivessem previsto esta alteração, não o tivessem concluído ou o tivessem feito com outro conteúdo, pode ser exigida a adaptação do contrato, e em especial a repartição contratual ou legal do risco, não possa ser exigível a manutenção inalterada do contrato; (2) Também se verifica a alteração das circunstâncias quando representações essenciais que tenham sido base do contrato se revelem falsas; (3) Quando uma modificação do contrato não seja possível ou surja inexigível para uma das partes, pode a parte prejudicada resolver o contrato. Nas obrigações duradouras, em vez do direito de resolução tem lugar o direito de denúncia."

[13] CORDEIRO, António Menezes. *Modernização do direito civil*. Coimbra: Almedina, 2004, v. 1, p. 115-116.

[14] Segundo Renato José de Moraes "enquanto as cortes civis francesas, ao menos nominalmente, opõem-se à teoria da imprevisão, a jurisprudência administrativa admite-a a fim de reequilibrar os contratos de concessão de serviço público que se tornaram excessivamente onerosos para as concessionárias" (MORAES, Renato José de, op. cit., p. 76-77).

solucionados pela superveniência de leis especiais, preferindo-se a solução legislativa.[15]

Em recente alteração pela Lei 2016-131 de 10 de fevereiro de 2016, o artigo 1.195 do Código Civil Francês passou a prever a possibilidade de revisão contratual em razão da alteração das circunstâncias imprevisíveis, impondo primeiramente um dever de renegociação entre as partes, e apenas em caso de recusa ou frustração da renegociação é que o Juiz poderá ser chamado a intervir na relação contratual.[16]

Seguindo a linha da teoria da imprevisão francesa, o Código Civil italiano de 1942 adotou a teoria da onerosidade excessiva prevendo, no artigo 1467,[17] a resolução do contrato bilateral de execução periódica ou diferida quando, em razão de eventos *extraordinários* e *imprevisíveis*, a prestação de uma das partes se torna excessivamente onerosa. Já o artigo 1.468[18] dispõe sobre os contratos em que há obrigações de uma só das partes, permitindo a redução da prestação ou modificação na forma de execução para reconduzir o contrato à equidade.

O Código Civil brasileiro replicou o regramento italiano, adotando, portanto, a teoria da imprevisão. Os artigos 317, 478, 479 e

---

[15] Por exemplo, Lei Failliot, de 21 de janeiro de 1918 – após a 1a Guerra Mundial, e Lei de 22 de abril de 1949 – após a 2a Guerra Mundial.

[16] Article 1.195: “Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l’exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n’avait pas accepté d’en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d’échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu’elles déterminent, ou demander d’un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d’accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d’une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu’il fixe.”

[17] Art. 1.467. “Contratto con prestazioni corrispettive. Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall’art. 1458 (att. 168). La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell’alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto (962, 1623, 1664, 1923).”

[18] Art. 1.468. “Contratto con obbligazioni di una sola parte.Nell’ipotesi prevista dall’articolo precedente, se si tratta di un contratto nel quale una sola delle parti ha assunto obbligazioni, questa può chiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione nelle modalità di esecuzione, sufficienti per ricondurla ad equità.”

480 preveem mecanismos de manutenção do equilíbrio contratual em razão de fatos supervenientes *imprevisíveis* e *extraordinários* que tornem as prestações excessivamente onerosas. À exceção do artigo 317, os demais tiveram clara inspiração no Código Civil italiano, que contém disposições praticamente idênticas nos artigos 1.467 e 1.468.

O artigo 478 do Código Civil[19] estabelece a possibilidade de resolução do contrato quando ocorrer a excessiva onerosidade uma vez verificados os seguintes requisitos: 1) a existência de um lapso temporal entre o momento da conclusão do contrato e da execução da prestação, o que ocorre nos contratos de execução diferida, de trato sucessivo ou de execução continuada; 2) a ocorrência de fatos extraordinários e imprevisíveis; 3) que esses fatos provoquem uma alteração das circunstâncias que torne a prestação excessivamente onerosa para uma das partes, com extrema vantagem para a outra parte, requisito que é inovação da lei brasileira. A excessiva onerosidade é aferida no confronto entre prestação e contraprestação, muito embora o artigo não contenha a epígrafe do similar italiano, que se refere expressamente aos "contratos com prestações correspectivas".

A solução apresentada pelo artigo 478 é a *resolução* do contrato em razão da onerosidade excessiva, ou seja, o desfazimento do vínculo. O artigo seguinte (479), contudo, estabelece que "a resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato". Todavia, uma interpretação restritiva deste dispositivo legal, no sentido de que somente seria possível o encerramento do vínculo e não a alteração das condições inicialmente previstas para o cumprimento do contrato, contraria a estrutura principiológica do próprio Código, que firmou seus alicerces nos princípios da boa-fé e da função social e econômica dos contratos. Estes, por sua vez, fundamentam o princípio da conservação dos contratos e a vedação ao abuso de direito.

---

[19] Art. 478. "Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes tornar-se excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação."

Portanto, mais do que mero direito à resolução do contrato, existe o direito à adequação das prestações, já que a recusa à modificação equitativa das condições do contrato, prevista no artigo 479, seria injustificada e esbarraria na vedação ao abuso do direito e no princípio da conservação dos contratos.

É nesse sentido a lição de Nelson Rosenvald:

> O princípio da conservação do negócio jurídico demanda que o ordenamento produza normas hábeis a preservar as relações obrigacionais e apenas em última instância desfazê-las. A resolução, portanto, deveria ser cogitada como segunda opção, aplicável às hipóteses em que o magistrado perceba a impossibilidade de reconstrução da justiça contratual, até mesmo quando o credor demonstre ser ele o prejudicado pela revisão.[20]

O artigo 480 do Código Civil prevê a possibilidade de revisão por onerosidade excessiva nos contratos em que *as obrigações couberem a apenas uma das partes*, ou seja, nos contratos unilaterais — tais como o mútuo (no qual se concentra a maior parte dos contratos bancários) e o comodato. Neste caso, tendo em vista a inexistência de *contraprestação*, a onerosidade não é aferida no confronto entre prestação e contraprestação. Como afirma Tepedino

> a rigor, não se pode falar aqui em desequilíbrio entre prestações correspectivas — porque tal correspectividade não existe —, mas em um 'desequilíbrio' entre a obrigação que fora originalmente projetada pelo devedor e a sua configuração no momento em que o respectivo cumprimento se tornou devido.[21]

---

[20] ROSENVALD, Nelson. *Código Civil comentado*. Coordenação: Ministro Cezar Peluso. Barueri: Manole, 2020, p. 532.

[21] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro, Renovar, 2006, v. 2, p. 134.

Dessa forma, tal artigo poderá ser útil nas situações em que a onerosidade excessiva atingir a pessoa do devedor (superendividamento), como será visto a seguir, e não propriamente a equivalência das prestações, como nos artigos anteriores.

Observe-se, ainda, que não se trata de um caso de resolução do contrato, pois essa medida só faz sentido quando subsistem obrigações para ambas as partes, mas sim de revisão da prestação — redução ou modificação da forma de execução — para evitar a onerosidade excessiva.

Por fim, o artigo 317 do Código Civil encontra-se topograficamente no capítulo do Código Civil relativo ao pagamento, tendo aplicabilidade tanto com relação às dívidas de dinheiro, em que a revisão objetiva a reposição do valor da moeda, quanto às dívidas de valor, caso em que a revisão reporá o valor econômico de troca.[22] Essa hipótese de revisão tem como requisitos: 1) o lapso temporal entre o momento da conclusão do contrato e da execução da prestação; 2) a desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o momento da sua execução; 3) a ocorrência de motivos imprevisíveis. Trata-se de uma hipótese mais restrita, pois a atividade do juiz se limitará a corrigir o valor da prestação, de forma a assegurar o seu valor real.

Em artigo publicado recentemente, José Fernando Simão conclama os operadores do direito a deixarem de lado as velhas categorias jurídicas da força maior e do caso fortuito quando a hipótese for de alteração das circunstâncias que tornem o cumprimento da obrigação excessivamente oneroso.[23] E com razão, pois essas figuras estão disciplinadas no artigo 393 do Código Civil, o qual está situado dentro do capítulo do inadimplemento das obrigações, e prevê o afastamento da responsabilidade do devedor se o inadimplemento ocorreu em razão de caso fortuito ou força maior. Essa norma refere-se à hipótese de impossibilidade superveniente do objeto da obrigação, ou seja, da prestação em si. Em outras palavras, o contrato foi descumprido porque o seu objeto tornou-se impossível.

---

[22] É nesse sentido a manifestação de Antonio Junqueira de Azevedo. Relatório brasileiro sobre revisão contratual *In:* AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 187.

[23] Ver nota 5.

Tal situação não se verifica nos contratos de fornecimento de crédito, visto que o objeto da obrigação (pagamento de quantia) jamais será impossível (o devedor poderá, por exemplo, tomar outro empréstimo para pagar o anterior). Porém, pode tornar-se excessivamente oneroso diante da alteração das circunstâncias existentes no momento da contratação.

No direito estrangeiro, as hipóteses de impossibilidade superveniente e de onerosidade excessiva também são tratadas em sessões distintas. No BGB, a impossibilidade na execução da prestação é tratada no § 275 e a alteração das circunstâncias no § 313.[24] Já no Código Civil Italiano, os artigos 1.463 a 1.466 preveem a liberação do devedor do cumprimento da obrigação em caso de impossibilidade superveniente do objeto, e os artigos 1.467 a 1.469 disciplinam a resolução do vínculo em razão de fatos supervenientes imprevisíveis e extraordinários que gerem onerosidade excessiva.

Dessa forma, no âmbito das relações civis, as hipóteses de revisão dos contratos de crédito por onerosidade excessiva deverão ser solucionadas mediante a aplicação dos artigos 317, 478, 479 e 480 do Código Civil, informados pelos princípios da boa-fé contratual (art. 422) e da função social dos contratos (art. 421), que impõem o dever de renegociação e a conservação do vínculo contratual, preservando a sua execução até o seu adimplemento final. As categorias do caso fortuito e da força maior devem ser reservadas às hipóteses de impossibilidade superveniente do objeto, como é o caso das prestações de serviços (por exemplo, a contratação de uma festa, cuja execução tornou-se impossível).

Quando se tratar de relação de consumo, contudo, os requisitos para a revisão contratual acabam sendo ampliados, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor não exige que o fato superveniente seja extraordinário ou imprevisível. A segunda parte do inciso V do artigo 6º estabelece como direito básico do consumidor a revisão das cláusulas contratuais que "estabeleçam prestações desproporcionais em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas". Nos termos da lei, a simples ocorrência de fato posterior à contratação que torne a prestação excessivamente onerosa é suficiente para ensejar

[24] Ver nota 11.

a revisão contratual. Isso porque o Código de Defesa do Consumidor surgiu para resolver um problema de desigualdade próprio de uma sociedade de massas, sendo confessa a intenção de proteção da parte vulnerável na relação de consumo.[25]

Todavia, é consenso na doutrina que o fato superveniente deve afetar a base objetiva do negócio jurídico, ou seja, a equivalência entre as prestações, que são o objeto do contrato.

---

[25] A diferença entre o regime jurídico do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor pode ser observada no seguinte acórdão do STJ: "RECURSO ESPECIAL. CIVIL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA. DÓLAR AMERICANO. MAXIDESVALORIZAÇÃO DO REAL. AQUISIÇÃO DE EQUIPAMENTO PARA ATIVIDADE PROFISSIONAL. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. TEORIAS DA IMPREVISÃO. TEORIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA. TEORIA DA BASE OBJETIVA. INAPLICABILIDADE. 1. Ação proposta com a finalidade de, após a maxidesvalorização do real em face do dólar americano, ocorrida a partir de janeiro de 1999, modificar cláusula de contrato de compra e venda, com reserva de domínio, de equipamento médico (ultrassom), utilizado pelo autor no exercício da sua atividade profissional de médico, para que, afastada a indexação prevista, fosse observada a moeda nacional. 2. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza, como destinatário final, produto ou serviço oriundo de um fornecedor. Por sua vez, destinatário final, segundo a teoria subjetiva ou finalista, adotada pela Segunda Seção desta Corte Superior, é aquele que ultima a atividade econômica, ou seja, que retira de circulação do mercado o bem ou o serviço para consumi-lo, suprindo uma necessidade ou satisfação própria, não havendo, portanto, a reutilização ou o reingresso dele no processo produtivo. Logo, a relação de consumo (consumidor final) não pode ser confundida com relação de insumo (consumidor intermediário). *Inaplicabilidade das regras protetivas do Código de Defesa do Consumidor. 3. A intervenção do Poder Judiciário nos contratos, à luz da teoria da imprevisão ou da teoria da onerosidade excessiva, exige a demonstração de mudanças supervenientes das circunstâncias iniciais vigentes à época da realização do negócio, oriundas de evento imprevisível (teoria da imprevisão) e de evento imprevisível e extraordinário (teoria da onerosidade excessiva), que comprometa o valor da prestação,* demandando tutela jurisdicional específica. 4. O histórico inflacionário e as sucessivas modificações no padrão monetário experimentados pelo país desde longa data até julho de 1994, quando sobreveio o Plano Real, seguido de período de relativa estabilidade até a maxidesvalorização do real em face do dólar americano, ocorrida a partir de janeiro de 1999, não autorizam concluir pela imprevisibilidade desse fato nos contratos firmados com base na cotação da moeda norte-americana, em se tratando de relação contratual paritária. *5. A teoria da base objetiva, que teria sido introduzida em nosso ordenamento pelo art. 6º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor – CDC, difere da teoria da imprevisão por prescindir da previsibilidade de fato que determine oneração excessiva de um dos contratantes. Tem por pressuposto a premissa de que a celebração de um contrato ocorre mediante consideração de determinadas circunstâncias, as quais, se modificadas no curso da relação contratual, determinam, por sua vez, consequências diversas daquelas inicialmente estabelecidas, com repercussão direta no equilíbrio das obrigações pactuadas. Nesse contexto, a intervenção judicial se daria nos casos em que o contrato fosse atingido por fatos que comprometessem as circunstâncias intrínsecas à formulação do vínculo contratual, ou seja, sua base objetiva*. 6. Em que pese sua relevante inovação, *tal teoria, ao dispensar, em especial, o requisito de imprevisibilidade, foi acolhida em nosso ordenamento apenas para as relações de consumo, que demandam especial proteção*. Não se admite a aplicação da teoria do diálogo das fontes para estender a todo direito das obrigações regra incidente apenas no microssistema do direito do consumidor, mormente com a finalidade de conferir amparo à revisão de contrato livremente pactuado com observância da cotação de moeda estrangeira. 7. Recurso especial não provido". (REsp 1321614/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Rel. p/ Acórdão Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 03/03/2015).

Nesse sentido ensina Claudia Lima Marques:

> A norma do art. 6º do CDC avança ao não exigir que o fato superveniente seja imprevisível ou irresistível, apenas exige a quebra da base objetiva do negócio, a quebra de seu equilíbrio intrínseco, a destruição da relação de equivalência entre prestações, o desaparecimento do fim essencial do contrato. Em outras palavras, o elemento autorizador da ação modificadora do Judiciário é o resultado objetivo da engenharia contratual, que agora apresenta a mencionada onerosidade excessiva para o consumidor, resultado de simples fato superveniente, fato que não necessita ser extraordinário, irresistível, fato que podia ser previsto e não foi.[26]

Diante disso, as circunstâncias subjetivas, que dizem respeito à pessoa do devedor, tais como o desemprego, doença, incapacidade superveniente etc., não seriam abrangidas por este dispositivo legal, estando dentre as questões relativas à tutela do superendividamento do consumidor.

Questão muito decidida pelos tribunais brasileiros, em que se aplicou o art. 6º, V do CDC, foi a relativa aos contratos de arrendamento mercantil com correção vinculada à variação cambial, que em razão da alta do dólar norte-americano em janeiro de 1999 se tornaram excessivamente onerosos para os consumidores. Inicialmente o Superior Tribunal de Justiça reconheceu o direito à revisão pelo consumidor, determinando a substituição da correção pela variação cambial por um índice que melhor refletisse a inflação.[27] Entretanto,

---

[26] MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 916.

[27] "Revisão de contrato — Arrendamento mercantil (leasing) — Relação de consumo – Indexação em moeda estrangeira (dólar) — Crise cambial de janeiro de 1999 — Plano real. Aplicabilidade do art. 6, inciso V do CDC — Onerosidade excessiva caracterizada. Boa-fé objetiva do consumidor e direito de informação. Necessidade de prova da captação de recurso financeiro proveniente do exterior. O preceito insculpido no inciso V do artigo 6º do CDC dispensa a prova do caráter imprevisível do fato superveniente, bastando a demonstração objetiva da excessiva onerosidade advinda para o consumidor. A desvalorização da moeda nacional frente à moeda estrangeira que serviu de parâmetro ao reajuste contratual, por ocasião da crise cambial de janeiro de 1999, apresentou grau expressivo

o STJ mudou seu entendimento, passando a determinar a repartição do ônus da valorização cambial entre consumidores e instituições financeiras. Essa decisão, que deixou de aplicar integralmente a norma protetiva do CDC, foi fundamentada na distribuição equitativa dos riscos contratuais.[28]

3. Efeitos da Covid-19 nos contratos bancários

Com a pandemia da Covid-19 e a grave crise econômica que a acompanha, devemos nos perguntar quais rumos serão tomados diante das milhares de demandas por revisão contratual que certamente serão trazidas ao Poder Judiciário. Em termos mais simples, de que forma a pandemia atinge os contratos bancários?

O que se sabe, no momento, é que a imposição de isolamento social e paralisação parcial ou total das atividades econômicas reduziu ou subtraiu a renda de diversos indivíduos, bem como o faturamento da maior parte das empresas, tanto que muitos estão necessitando

---

de oscilação, a ponto de caracterizar a onerosidade excessiva que impede o devedor de solver as obrigações pactuadas. A equação econômico-financeira deixa de ser respeitada quando o valor da parcela mensal sofre um reajuste que não é acompanhado pela correspondente valorização do bem da vida no mercado, havendo quebra da paridade contratual, à medida que apenas a instituição financeira está assegurada quanto aos riscos da variação cambial, pela prestação do consumidor indexada em dólar americano" (STJ, 3ª T., REsp. nº 168661/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, *in* DJU de 24.09.2001, p. 296).

[28] Leia-se a seguinte ementa: "LEASING. Variação cambial. Fato superveniente. Onerosidade excessiva. Distribuição dos efeitos. A brusca alteração da política cambial do governo, elevando o valor das prestações mensais dos contratos de longa duração, como o leasing, constitui fato superveniente que deve ser ponderado pelo juiz para modificar o contrato e repartir entre os contratantes os efeitos do fato novo. Com isso, nem se mantém a cláusula da variação cambial em sua inteireza, porque seria muito gravoso ao arrendatário, nem se a substitui por outro índice interno de correção, porque oneraria demasiadamente o arrendador que obteve recurso externo, mas se permite a atualização pela variação cambial, cuja diferença é cobrável do arrendatário por metade. Não examinados os temas relacionados com a prova de aplicação de recursos oriundos do exterior e com a eventual operação de hedge. Recurso conhecido em parte e parcialmente provido. (STJ – 4ª Turma, REsp 401021/ES, Relator p/ Acórdão Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, DJ 22.09.2003 p. 331). E também: "Índice de reajuste repartido, a partir de 19.01.99 inclusive, equitativamente, pela metade, entre as partes contratantes, mantida a higidez legal da cláusula, decotado, tão somente, o excesso que tornava insuportável ao devedor o adimplemento da obrigação, evitando-se, de outro lado, a total transferência dos ônus ao credor, igualmente prejudicado pelo fato econômico ocorrido e também alheio à sua vontade". (STJ, Segunda Seção, REsp 472594/SP, Relator p/ Acórdão Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJ 04/08/2003).

receber auxílio emergencial do governo, seja para manter as necessidades básicas (indivíduos), seja para manter a atividade econômica (empresas). Não se sabe o que esperar após o arrefecimento da pandemia, mas a certeza que se tem é a superveniência de uma forte crise econômica, jamais vista numa economia globalizada.

Diante disso, é necessário saber em qual categoria devem ser enquadradas as questões decorrentes da crise econômica gerada pela pandemia, em especial com relação ao nosso objeto de estudo: os contratos bancários.

De imediato, é necessário afastar o enquadramento na disciplina do caso fortuito e da força maior, conforme já destacado anteriormente, já que estas figuras dizem respeito à impossibilidade do objeto, que é causa do inadimplemento absoluto do contrato, e que dificilmente terão aplicabilidade nos contratos de crédito.

Quando a onerosidade excessiva atingir a equivalência das prestações, nas relações puramente civis ou empresariais, terão aplicabilidade os artigos 317, 478 e 479 do Código Civil, informados pelos princípios da boa-fé contratual (art. 422) e da função econômica e social dos contratos (art. 421), que impõem a conservação do vínculo contratual e o dever de renegociação. Nessas relações, contudo, impõe-se o reconhecimento de que as hipóteses de revisão serão mais restritas, até mesmo em virtude do princípio da intervenção mínima e da excepcionalidade da revisão contratual, positivado no parágrafo único do artigo 421 do Código Civil pela Lei 13.974/19.[29]

Nas relações de consumo, em razão do diálogo das fontes,[30] aplicam-se igualmente as normas do Código Civil, no que forem mais protetivas ao consumidor. Porém, tem aplicação, ainda, o artigo 6º, V do CDC, que prevê a revisão contratual por fato superveniente que torne a prestação excessivamente onerosa, sem o requisito da imprevisibilidade.

---

[29] Nesse sentido manifestou-se Judith Martins-Costa em entrevista concedida ao site Migalhas. Disponível em: https://bit.ly/3n1ekb6. Acesso em: 28 set. 2020.

[30] MARQUES, Claudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*, Aracaju, n. 7, p. 15-54, 2004. Disponível: https://bit.ly/2S5EAD5. Acesso em: 28 set. 2020.

Em todos os casos, contudo, coloca-se a seguinte questão: nos casos em que a crise econômica ocasionada pela pandemia não afetar propriamente a equivalência das prestações, mas sim a condição pessoal do devedor, como é o caso do desemprego ou da redução da capacidade financeira, poderá o devedor socorrer-se da norma do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor? Ou a situação mais se assemelha à hipótese de superendividamento do consumidor?

Para demonstrar a diferença entre onerosidade excessiva da prestação e abalo na capacidade financeira do devedor (superendividamento), basta recordar o caso da supervalorização do dólar frente ao real e os efeitos perante os contratos indexados pelo dólar. Em poucos dias, as prestações dobraram de valor, tornando-se excessivamente onerosas. Esta situação é diferente da hipótese em que o devedor não consegue suportar o pagamento das prestações contratuais (que permanecem inalteradas), seja porque ficou desempregado, ou porque foi acometido gravemente pela doença. Essas são circunstâncias pessoais, não menos graves, mas que merecem tratamento diverso daquelas que envolvem a onerosidade excessiva das prestações.

Será possível verificar casos em que os fatos supervenientes afetarão a própria prestação, como nos contratos indexados pela variação cambial ou outro índice que possa ser afetado pela alteração das circunstâncias. Também em contratos que transferem os riscos do crédito para o consumidor, como é o caso da transferência do risco da variação de taxa de captação (como ocorre com a comissão de permanência). Todavia, é necessário mencionar que essa transferência de risco não tem sido admitida pela jurisprudência brasileira, que já limitou a comissão de permanência à taxa contratada. Porém, em instrumentos de crédito muito sofisticados, livremente negociados com devedores não vulneráveis, poderá ocorrer alguma situação de repartição ou transferência de riscos que acabe por onerar excessivamente a prestação.[31]

---

[31] A respeito das diversas formas de distribuição dos riscos nos contratos de crédito, ver minha tese de doutorado: PALHARES, Cinara. *Distribuição de riscos nos contratos de crédito ao consumidor*. 2014. Tese (Doutorado em Direito Civil) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: https://bit.ly/3idVRoa. Acesso em: 28 set. 2020.

Analisando os exemplos mencionados, contudo, parece claro que a Covid-19, ao menos num primeiro momento, dará ensejo a mais casos envolvendo o superendividamento do consumidor do que propriamente a onerosidade excessiva da prestação. Isso porque não restam dúvidas de que a grave crise econômica trazida pela pandemia ocasionará uma onda de desemprego em massa e de recessão econômica que afetará a capacidade financeira dos indivíduos e empresas de honrarem suas obrigações contratuais.

O chamado superendividamento passivo, que é aquele ocasionado por fatores externos, determinantes para a ruína financeira do consumidor, surgirá de forma avassaladora, exigindo um regramento jurídico adequado para lidar com esta situação. Para esses casos, ganha relevância o dever de renegociação, conforme será tratado a seguir, com atuação subsidiária do Juiz, fundada nos artigos 187, 421, 422 e 480 do Código Civil e artigo 4º, III do Código de Defesa do Consumidor, sempre diante das peculiaridades do caso concretamente apresentado.

A solução para o problema, contudo, não está em admitir o inadimplemento em massa dos contratos bancários. Tal solução em nada contribuiria para a segurança jurídica e, por consequência, para a retomada do crescimento econômico e superação da crise. Necessário lembrar que a defesa do consumidor está inserida entre os princípios da ordem econômica, dentre os quais também está a garantia do pleno emprego, a livre concorrência e a livre iniciativa (artigo 170 da CF). Por outro lado, o artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor prevê que a Política Nacional da Relações de Consumo tem por objetivo a harmonia das relações de consumo, devendo tal princípio ser entendido como a necessidade de manter relações sustentáveis, que não ponham em risco a continuidade do sistema.

Diante desse contexto, é necessário pontuar as soluções jurídicas possíveis, com fundamento nos princípios norteadores do ordenamento jurídico brasileiro e das normas protetivas tanto do consumidor quanto da atividade econômica, ambas merecedoras de igual consideração. O tema merece ser debatido e desenvolvido pela doutrina e jurisprudência, tendo em vista a sua complexidade e as consequências ainda impossíveis de prever. Nos tópicos seguintes serão abordadas algumas soluções, sem qualquer pretensão de completude, mas apenas como contribuição para um início de debate sobre o tema.

3.1. Dever de renegociação

Os efeitos da pandemia da Covid-19 já estão sendo sentidos por milhões de indivíduos e empresas que perderam abruptamente sua renda ou faturamento, e com isso a capacidade de manter em dia o cumprimento das mais variadas obrigações, dentre elas o pagamento de empréstimos ou financiamentos bancários.

Diante disso, surge a inexorável questão: a renegociação das dívidas, com a suspensão temporária da exigibilidade das prestações, repactuação de juros, alongamento de prazos, alteração de modalidades de operações, dentre outras, é mera faculdade colocada à disposição do credor ou, ao contrário, trata-se de verdadeiro direito subjetivo do devedor?

No ordenamento jurídico brasileiro, o dever de renegociação encontra seu fundamento tanto no dever de cooperação quanto na vedação ao exercício abusivo de posições jurídicas, decorrente da função social e econômica dos contratos.

O dever de cooperação é implícito em todas as relações jurídicas contratuais e decorre do princípio da boa-fé objetiva (por isso chamado de dever anexo à boa-fé), positivado nos artigos 113 e 422 do Código Civil e nos artigos 4º, III e 51, IV do Código de Defesa do Consumidor. Os contratos são firmados tendo como objetivo final o adimplemento, e o princípio da boa-fé atua impondo aos contratantes o dever de cooperação para que essa finalidade seja atingida.

O celebrado jurista Clóvis do Couto e Silva identificou o fenômeno da relação jurídica como um organismo, numa ordem de cooperação em que "credor e devedor não ocupam mais posições antagônicas, dialéticas e polêmicas".[32] Nessa ordem cooperativa e solidária, credor e devedor devem cooperar para que o contrato atinja o seu fim, que é a extinção pelo adimplemento da obrigação.

Sobrevindo, contudo, um evento que altere as circunstâncias iniciais existentes no momento do estabelecimento do vínculo contratual

---

[32] SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 19.

e gere onerosidade excessiva às partes, como ocorre com a atual pandemia, para que o contrato atinja a sua finalidade com o adimplemento pode ser necessário que as partes cooperem para adequar a forma de execução.

De acordo com Claudia Lima Marques, os novos deveres de cooperação impõem "um esforço de boa-fé para adaptar estes contratos e preservá-los (neue Verhandlungspflichten), a evitar a ruína e o superendividamento dos consumidores de boa-fé".[33] A autora destaca a necessidade de cooperação no sentido de submeter o contrato às alterações necessárias para a manutenção do vínculo e para a realização do objetivo comum, que é a extinção do contrato pela via normal do adimplemento, como se vê:

> A doutrina atual germânica considera ínsito no dever de cooperar positivamente o dever de renegociar (Neuverhandlungspflichte) as dívidas do parceiro mais fraco, por exemplo, em caso de quebra da base objetiva do negócio. Cooperar aqui é submeter-se às modificações necessárias à manutenção do vínculo (princípio da manutenção do vínculo do art. 51, § 2º, do CDC) e à realização do objetivo comum e do contrato.[34]

Além do dever de cooperação, a renegociação do contrato encontra seu fundamento na vedação ao exercício abusivo de posições jurídicas que, no direito brasileiro, está prevista no artigo 187 do Código Civil, que assim dispõe: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

---

[33] MARQUES, Claudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Direitos do consumidor endividado:* superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 266-267.

[34] MARQUES, Claudio Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor.* 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 236.

De acordo com a perspectiva finalista ou social de Louis Josserand, a força obrigatória dos direitos subjetivos, entre os quais se incluem os contratos, decorre da função que desempenham na sociedade. Em outras palavras, é a sociedade que confere força obrigatória aos contratos. Dessa forma, o exercício abusivo direito é aquele que contraria o objetivo para o qual a sociedade lhe confere força obrigatória.[35]

Na tentativa de proporcionar maior concreção à aplicação do abuso de direito, a doutrina elaborou casos típicos, procurando sistematizar as hipóteses de ocorrência do exercício inadmissível de direitos.[36] Com relação ao objeto deste estudo, importa analisar as hipóteses do *exercício danoso inútil de posição contratual e da desproporção de efeitos práticos obtidos com o exercício abusivo do direito,* assim descritas pelo jurista português Menezes Cordeiro:

> No exercício inútil danoso, o titular actua no âmbito formal da permissão normativa que constitui o seu direito, em termos de não retirar qualquer benefício pessoal, mas a causar dano considerável a outrem. [...] A desproporcionalidade entre a vantagem auferida pelo titular e o sacrifício imposto pelo exercício a outrem constitui, por fim, o mais promissor dos subtipos integrados no exercício em desequilíbrio. Integram-se, aqui, situações como o

---

[35] Nas palavras do mestre francês, do original: “Toute prérogative, tout pouvoir juridique sont sociaux dans leur origine, leur essence et jusque dans la mission qu’ils sont destinés à remplir ; comment pourrait-il en être autrement, puisque le droit objectif pris dans son ensemble, la ‘juricité’, n’est autre chose que la règle sociale obligatoire ? [...] il est de toute évidence que chacun de nos droits subjectifs doit être orienté et tendre vers ce but ; chacun d’eux a sa mission propre à remplir, ce qui revient à dire que chacun d’eux doit se réaliser conformément à l’esprit de l’institution ; en réalité, et dans une société organisée, les prétendus droits subjectifs sont des droits-fonction ; ils doivent demeurer dans le plan de la fonction à laquelle ils correspondent, sinon leur titulaire commet un détournement, un abus de droit ; l’acte abusif est l’acte contraire au but le l’institution, à son esprit et à sa finalité”. (JOSSERAND, Louis. *L’esprit de droits et de leur relativité:* théorie dite de l’abus des droits. 2. ed. Paris: Dalloz, 1939, p. 394-395)

[36] Segundo Fernando Noronha: “Agrupamos aqui aqueles casos em que há manifesta desproporção entre a vantagem auferida pelo titular do direito e o sacrifício imposto à contraparte, mesmo quando o titular não vise propriamente molestar esta, nem alcançar outra finalidade diversa daquela a que é destinado o seu direito. São casos em que se pode dizer que o titular age sem consideração pela contraparte. (NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 179).

> desencadear de poderes-sanção por faltas insignificantes, a actuação de direitos com lesão intolerável de outras pessoas e o exercício jussubjectivo *sem consideração por situações especiais.*[37]

O fim natural de um contrato é o seu adimplemento. Com esse objetivo, as partes devem cooperar para que o contrato cumpra a sua finalidade, ajustando a sua forma de execução para que não ocorra a extinção pelo inadimplemento. Nesse processo, devem ser consideradas situações especiais, ou excepcionais, que tenham sido a causa de uma eventual impossibilidade, ainda que momentânea, de cumprimento da obrigação tal como inicialmente previsto. Nesse sentido, Antunes Varela, reportando-se à doutrina dos limites do sacrifício, refere-se à inexigibilidade temporária da prestação, não por impossibilidade da prestação, mas em razão da vedação ao exercício abusivo de posições contratuais.[38] Da sua parte, Josserand menciona o direito de o devedor refutar o pagamento.[39]

As situações de superendividamento passivo que certamente surgirão a partir da pandemia da Covid-19 deverão ser inseridas entre essas situações especiais, capazes de dar origem ao dever de renegociação. A recusa injustificada em renegociar esses débitos poderá ser caracterizada como exercício abusivo de direito, seja porque contraria o objetivo econômico para o qual a sociedade confere força obrigatória aos contratos, seja porque contraria valores fundamentais do ordenamento jurídico de solidariedade social e dignidade da pessoa humana, consolidados em nossa Constituição Federal.

---

[37] CORDEIRO, António Menezes, op. cit., p. 853-857.

[38] VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1977,v. 2, p. 71. E em nota, declara: "Há, além disso, que ter em linha de conta, não como causa de impossibilidade da prestação, mas como fundamento de *inexigibilidade* (temporária) da obrigação aqueles casos em que à exigência da prestação se oponha *a existência de direitos ou deveres de plano superior ao direito de crédito (nomeadamente os direitos fundamentais do devedor)*" — nota nº 2, página 70, da mesma obra citada.

[39] Nas palavras de Josserand: "D'une part, en effet, elle s'est propagée jusqu'à des domaines jusque-là inexplorés, elle est venue causer et limiter des droits avec lesquels elle n'avait pas jusqu'à des domaines jusque-là inexplorés, elle est venue causer et limiter des droits avec lesquels elle n'avait pas jusqu'alors pris contact [I – pour un débiteur, *ce droit inédit, paradoxal, issu à la fois de la crise économique et de la crise de conscience que nous traversons simultanément : 'le droit de ne pas payer ses dettes'* !]" (JOSSERAND, Louis, op. cit., p. 8).

O abuso de direito, nesses casos, configura-se em duas modalidades: a) *exercício danoso inútil,* pois o exercício meramente formal ou literal do seu direito não lhe trará nenhum benefício, já que a cobrança de um consumidor nessa situação, sem alterar as condições impostas inicialmente, estará fadada ao insucesso, considerando a proteção conferida pelo sistema de impenhorabilidades, bem como a necessidade da manutenção do mínimo existencial do devedor; b) *exercício desproporcional do direito,* considerando as vantagens auferidas em comparação com o sacrifício exigido, tendo em vista que a cobrança nessas situações imporá um sacrifício desmedido ao consumidor, que terá ameaçados os seus direitos fundamentais, trazendo pouco ou nenhum benefício ao credor

No entanto, o dever de renegociação ora defendido não deve ser aplicado irrestrita e indistintamente em todos os tipos contratuais, e sem atenção à condição peculiar do devedor acometido pela impossibilidade temporária de adimplir o contrato. A Professora Judith Martins Costa, em entrevista recentemente publicada a respeito dos efeitos do coronavírus nas relações contratuais, esboçou preocupação com o reconhecimento de um dever geral de renegociação decorrente da boa-fé objetiva, defendendo que este deve ser entendido como um dever decorrente do contrato, e não da lei. Nas palavras da autora, "se estabelecido na lei um dever de renegociar, deveriam vir igualmente previstos os critérios, os requisitos e as consequências, para minimizar o oportunismo (a parte em situação mais favorável poderá vir a praticar moral hazard) e para evitar o abuso do julgador na fixação das consequências do seu descumprimento".[40]

Entendo, contudo, que a necessidade de estabelecer critérios mais objetivos não é incompatível com o reconhecimento de um dever legal de renegociação, o qual deverá ter sua incidência modulada de acordo com o regime jurídico aplicável, com o tipo contratual envolvido, bem como com o comportamento das partes, em especial do devedor, que não é incompatível com a existência de um fundamento legal para tal dever.

---

[40] ENTREVISTA: Judith Martins Costa. *Migalhas*, [S. l.], 2 jun. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3n1ekb6. Acesso em: 28 set. 2020.

Por outro lado, como consequência do descumprimento do dever de renegociação, não será possível a imposição de multa cominatória pelo descumprimento de obrigação de fazer, visto que esta solução causa perplexidade na medida em que faz com o devedor torne-se credor, favorecendo o enriquecimento sem causa. Isso porque, para que o dever de renegociação seja implementado, basta reconhecer a inexigibilidade da prestação enquanto as partes não lançarem mão das tratativas.

Inexistindo acordo a respeito das novas condições contratuais, caberá ao Juiz, com atenção às peculiaridades do caso, preencher o regulamento contratual, de acordo com os requisitos que serão abordados no tópico seguinte, tendo como fundamento, além dos já mencionados dispositivos legais legitimadores do dever de renegociação, os artigos que impõem a revisão contratual.[41]

3.2. Atuação supletiva do juiz com atenção para o caso concreto no tratamento das situações de superendividamento

Conforme já salientado, tanto nas relações civis (CC, art. 478 e 479) quanto nas relações de consumo (CDC, art. 6º, V), existe expressa previsão legal de revisão contratual quando a prestação, que é a base objetiva do contrato, se tornar excessivamente onerosa em razão da alteração das circunstâncias existentes no momento da contratação. Quando essa mudança fática atingir a capacidade financeira do devedor, não estaremos mais diante de alteração da base objetiva do contrato, mas sim da alteração da base subjetiva, na qual se insere a hipótese de superendividamento ou mera impossibilidade momentânea de cumprir o contrato nos exatos termos em que foi pactuado, de forma que a revisão encontrará seu fundamento nos artigos 187, 421, 422 e 480 do Código Civil, lembrando que este não faz referência expressa à equivalência das prestações, prevendo a possibilidade de alteração

[41] Observo que a recente alteração do Código Civil Francês optou expressamente pela imposição de um dever de renegociação, com atuação supletiva do Juiz em caso de recusa ou frustração da renegociação. Ver nota 15.

da forma de execução das obrigações nos contratos unilaterais (como é o caso dos contratos de mútuo, ou empréstimos bancários), a fim de evitar a onerosidade excessiva.

Em ambos os casos, a tutela jurídica poderá ser buscada no dever de renegociação, tal como exposto no tópico anterior, e, caso frustrada a renegociação, poderá ser buscada a tutela jurídica de forma supletiva perante o Poder Judiciário, com fundamento nos dispositivos que tratam da revisão contratual.

Todavia, diante dos riscos de ruptura com a segurança jurídica e com a harmonia das relações de consumo, devem ser observados critérios objetivos para não desvirtuar a incidência das cláusulas gerais e, assim, favorecer o oportunismo e o abuso do direito por parte do devedor.

O pressuposto fundamental para a concessão da tutela jurídica deverá ser a atenção ao caso concreto, com o estabelecimento de critérios objetivos e a consideração de todas as peculiaridades envolvidas para que seja possível a incidência dos princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos, superando-se, assim, a nova crise dos contratos. Antônio Junqueira de Azevedo defende a existência de um novo paradigma jurídico, o da *centralidade do caso*, sendo a única forma de efetivar os valores fundamentais do ordenamento jurídico sem abalos à segurança jurídica. Segundo o jurista, "o novo paradigma exige vetores materiais, diretrizes, e não fórmulas vazias, próprias de uma axiologia formal, cujo 'recheio' é posto arbitrariamente pela autoridade (juiz ou membro do Poder Executivo)".[42]

Conforme já destaquei em outra oportunidade, na tarefa de dar concretude às cláusulas gerais,

> o papel do juiz não pode ser abandonado, pois diante de um conflito de interesses é ele que realizará a interpretação jurídica escolhendo, dentre as diversas soluções compatíveis com o ordenamento jurídico, qual a que melhor representa a síntese dos valores vigentes. Contudo, a atuação

[42] AZEVEDO, Antonio Junqueira de, op. cit. p. 127.

> do juiz não pode ser arbitrária: deve pautar-se por algumas diretrizes delineadas pelo ordenamento jurídico.[43]

Partindo desta premissa, e diante da situação prática que ora nos é apresentada com a pandemia da Covid-19, mais uma vez ressaltando a ausência de pretensão quanto ao esgotamento das possibilidades, destacam-se os seguintes critérios objetivos:

a) Observância do regime jurídico aplicável a cada tipo de relação jurídica (relação empresarial × relação de consumo).

Partindo do básico, nunca é demais recordar que a tutela jurídica dependerá do tipo de relação jurídica em questão. Nas relações puramente civis ou empresariais a possibilidade de intervenção será mais reduzida, até mesmo em virtude do princípio da intervenção mínima e da excepcionalidade da revisão contratual, positivado no parágrafo único do artigo 421 do Código Civil pela Lei 13.974/19. Nas relações de consumo, por sua vez, as possibilidades de revisão e de imposição de um dever de renegociação serão mais amplas, até mesmo porque nessas relações tem incidência o princípio da proteção à parte mais fraca, sendo o consumidor presumidamente vulnerável e merecedor de tutela especial.

b) Consideração da categoria ou modalidade contratual.

Também deve ser levado em consideração o tipo contratual envolvido e a sua função econômica e social.

Nessa ordem de ideias, os chamados contratos existenciais,[44] como é o caso dos contratos de financiamento habitacional ou de crédito

[43] PALHARES, Cinara. A tutela do consumidor excessivamente endividado como forma de preservação dos direitos fundamentais da pessoa humana. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: https://bit.ly/2EFxGBn. Acesso em: 28 set. 2020.

[44] Antonio Junqueira de Azevedo defende uma nova dicotomia entre *contratos existenciais* e *contratos empresariais* como sendo a verdadeira dicotomia contratual do século XXI, “assim como a de *contrato paritário/contrato de adesão* esteve para o século XX”. Nos *contratos existenciais* importa a proteção do ser humano, cuja existência não pode ser negligenciada, sendo que os novos princípios contratuais incidem com maior intensidade, para uma maior efetividade do seu propósito. Para o saudoso Professor, o critério é predominantemente subjetivo. Nesse sentido, ver: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao

consignado, ou mesmo nos contratos de financiamento de bens essenciais à manutenção da atividade econômica do tomador de crédito, por exemplo, os contratos de financiamento de veículo ou os contratos de financiamento para a aquisição de bens de produção, em especial aqueles com garantia fiduciária (tendo em vista que a perda do bem adquirido é consequência imediata do inadimplemento), são merecedores de especial tutela para que atinjam a sua finalidade.

Tome-se como exemplo o contrato de financiamento imobiliário com pacto adjeto de alienação fiduciária em garantia. A Lei 9.514/97 prevê, em seu artigo 26, que vencida a dívida e não constituído em mora o devedor, a propriedade do imóvel consolida-se em mãos do credor. Trata-se de instrumento bastante efetivo de recuperação de crédito, pois permite que, após a consolidação da propriedade em mãos do credor fiduciário, este promova a venda extrajudicial do imóvel para reaver seu crédito.

Em tempos de pandemia, todavia, se levada ao pé da letra a aplicação da lei, poderemos vivenciar uma crise imobiliária sem precedentes, com milhares de consumidores perdendo suas casas. Evidencia-se, nesse caso, a função social e econômica do contrato, com a necessidade de conceder prazo para a retomada do pagamento das parcelas do financiamento, quando o caso concreto efetivamente assim exigir, observados os demais requisitos que serão em seguida explicitados.

Muito embora a novidade do caso, o Tribunal de Justiça de São Paulo já reconheceu o direito do consumidor à suspensão do contrato de financiamento imobiliário, mencionando as resoluções do Conselho Monetário Nacional. O acórdão do agravo de instrumento n. 2074520-96.2020.8.26.0000, de relatoria do Desembargador Gil Coelho, foi assim fundamentado:

---

número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. (parecer). *Revista dos Tribunais,* São Paulo, n. 832, p. 113-137, 2005, p. 123-124; e AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual. *In:* AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Novos estudos e pareceres de direito privado. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 186. Teresa Negreiros tem por critério o *paradigma da essencialidade*, que toma em consideração a utilidade existencial do bem objeto das prestações do contrato — utilidade em função da pessoa que dele necessita para realizar interesses existenciais (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato:* novos paradigmas. Renovar: Rio de Janeiro, 2006, p. 388). Seja qual for a classificação adotada, a meu ver, a tutela diferenciada deve ter por parâmetro a finalidade econômica e social do contrato.

Para o enfrentamento dos efeitos da pandemia do novo coronavírus no país e em atenção à determinação do Conselho Monetário Nacional (CMN), vários bancos brasileiros já anunciaram a possibilidade de suspender em até 60 dias o pagamento de financiamentos de imóveis. A Federação Brasileira de Bancos FEBRABAN e seus bancos associados anunciaram também medidas de estímulo à economia para amenizar os efeitos negativos do COVID-19 no emprego e na renda, estando os maiores bancos abertos e comprometidos em atender pedidos de prorrogação, por 60 dias, dos vencimentos de dívidas de clientes pessoas físicas e micro e pequenas empresas para os contratos vigentes em dia.[45]
Dos documentos juntados aos autos, verifica-se ter o autor firmado contrato de financiamento de imóvel com o Banco Pan, cujo documento de fls. 22/38 demonstra estarem seus pagamentos em dia. Trata-se, também, de pessoa idosa (fls. 13/14 dos autos principais), que alega trabalhar como auxiliar de corretor de imóveis, atividade essa, dentre várias outras, cujo prejuízo financeiro decorrente da paralisação se extrai, mormente diante do exigido distanciamento social. Presumidamente sem renda, o cidadão encontra-se impossibilitado de pagar as parcelas do financiamento neste momento de crise econômica, o que lhe poderá acarretar a insolvência e a possível perda da posse do imóvel, evidenciado, assim, o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.
Em caso análogo, já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça, no REsp 849228 /GO, relatado pelo Exmo. Ministro Luis Felipe Salomão, cuja parte do julgado vale transcrever: 'A cláusula rebus sic stantibus permite a inexecução de contrato comutativo — de trato sucessivo ou de execução diferida – se as bases fáticas sobre as quais se ergueu a avença alterarem-se, posteriormente, em razão de acontecimentos extraordinários, desconexos com os riscos ínsitos à prestação subjacente'.

[45] Disponível em: https://bit.ly/2GhvJvz. Acesso em: 28 set. 2020.

> Tal entendimento deve ser adotado no caso dos autos, uma vez que a pandemia de coronavírus vem impactando a economia, bem como a vida e o planejamento dos cidadãos, caracterizando-se, assim, como uma circunstância imprevisível e absolutamente desconexa dos riscos inerentes ao financiamento entabulado entre as partes.

Evidencia-se, ainda, a função econômica e social dos contratos de financiamento de veículos quando o devedor exercer a função de taxista ou motorista de aplicativo. Para estas situações, igualmente razoável se mostra a suspensão de exigibilidade das parcelas do financiamento, que deverão ser renegociadas entre as partes. Existe, atualmente, projeto de lei prevendo essa solução.[46]

Ainda em referência aos contratos de financiamento de veículos, cumpre destacar a liminar concedida pela Juíza Letícia Antunes Tavares, da 2ª Vara Judicial de Itapecerica da Serra, para suspensão das parcelas de contratos de financiamento de veículos de motoristas de vans escolares, em razão da suspensão das aulas naquele município (proc. 1001804-60.2020.8.26.0268), atendendo aos seguintes requisitos: "(i) a conservação do contrato atende ao interesse das partes, ou seja, contratantes e contratada; (ii) a revisão da base negocial pode ocorrer diante de excepcionais circunstâncias; (iii) a correção judicial se lastrear na razoabilidade; e, além disso, (iv) a medida deve ser temporária". Tal ação acabou sendo solucionada em acordo após a concessão da liminar.

c) Consideração do comportamento do tomador de crédito.

Também o comportamento do tomador de crédito deverá ser levado em consideração para que seja possível o reconhecimento do dever de renegociação por parte do credor. O devedor com histórico positivo de crédito que se encontrava em dia com suas obrigações no momento da eclosão da pandemia, e que comprovar que teve sua capacidade financeira severamente afetada, poderá fazer jus a uma tutela diferenciada.

---

[46] Disponível em: https://bit.ly/3cDaUGU. Acesso em: 28 set. 2020.

Ao tratar da tutela jurídica do superendividamento, salientei que no direito estrangeiro a boa-fé do consumidor é sempre prevista como requisito para o acesso aos programas de renegociação de dívidas. Todavia, nos países em que existe um diploma legal para tutelar as situações de superendividamento, o simples fato de o consumidor possuir histórico de crédito negativo não é decisivo para a caracterização da má-fé, visto que é admitida a proteção jurídica do superendividamento ativo (endividamento voluntário, em virtude de má gestão do orçamento familiar), desde que o consumidor tenha agido inconscientemente (por exemplo, seduzido por empréstimo predatório).

No entanto, diante da ausência de legislação específica no Brasil, e da grave crise econômica decorrente da pandemia da Covid-19 que afetará todos os setores da economia, é mais razoável sustentar que a tutela deverá ser reconhecida apenas em relação ao superendividamento passivo e em relação aos indivíduos e empresas que encontravam-se adimplentes com suas obrigações no momento da eclosão da pandemia, o que indica que a ausência de capacidade financeira decorreu desse evento imprevisível.

d) Demonstração de que a ausência de capacidade financeira é decorrência direta da pandemia da Covid-19.

Desde o início da crise sabemos que algumas profissões e atividades econômicas foram atingidas mais severamente do que outras por este evento imprevisível. Profissionais liberais que atuam diretamente com o público e que não têm a possibilidade de exercer sua atividade "on-line", como cabeleireiros, alguns educadores físicos, fisioterapeutas, lojistas e comerciantes sem plataformas digitais, trabalhadores domésticos sem contrato de trabalho, dentre outros, tiveram suas rendas reduzidas a zero. Outros tiveram sua renda reduzida significativamente. Outros sentiram com menor intensidade os efeitos do isolamento social. Porém, ainda são imprevisíveis os efeitos econômicos que estão por vir.

Todas essas situações deverão ser consideradas ao reconhecer o dever de renegociar o contrato.

e) Adimplemento substancial do contrato.

Nos contratos de longa duração garantidos por alienação fiduciária ou nos compromissos de compra e venda com cláusula resolutiva expressa, sempre que a quase totalidade das parcelas forem adimplidas deverá ser considerada a hipótese de adimplemento substancial

do contrato para evitar a sua resolução e a consequente retomada do bem pelo credor. Nesse caso, a resolução do vínculo atentará contra os princípios já mencionados, impondo-se a prorrogação do vencimento das parcelas, de acordo com a situação concretamente apresentada.

f) Resolução do contrato com devolução das parcelas e a ausência de culpa do consumidor em razão da pandemia.

Ainda com relação aos contratos de longa duração, em especial os compromissos de compra e venda com cláusula resolutiva expressa, a jurisprudência é pacífica ao reconhecer o direito à devolução de 100% dos valores pagos quando a resolução não ocorreu por culpa do consumidor, mas sim por culpa do fornecedor, bem como, mesmo sendo a resolução por culpa do consumidor, a devolução deve representar um percentual que tem variado entre 75% e 90% dos valores pagos.

Quando a impossibilidade de prosseguir com o contrato for decorrente da pandemia, e presente o requisito da boa-fé do consumidor, deve ser avaliada a possibilidade de elevar o percentual de devolução e, a depender do caso concreto, admitir-se até mesmo a devolução integral dos valores pagos.

Certo é que a ausência de uma legislação específica para o tratamento das situações de superendividamento traz um enorme desafio para a concessão da tutela jurídica adequada. Por esse motivo, urge mais do que nunca a discussão e aprovação de uma lei específica para essas situações (Projeto de Lei n. 1.997/2020), ou, em relação especificamente à situação gerada pela pandemia Covid-19, a aprovação de lei que institua moratória aos contratos bancários (Projeto de Lei n. 1.997/2020).

3.3. Regulamentação pelo Conselho Monetário Nacional

Considerando que os reflexos da Covid-19 nos contratos bancários serão sentidos em larga escala pela maioria dos tomadores de crédito, evidencia-se o papel do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central no incentivo à renegociação das dívidas, a fim de conferir um tratamento mais isonômico, e com parâmetros objetivos, de forma a contribuir para a manutenção da segurança jurídica.

Este papel tem sido desempenhado até o momento de forma tímida, no meu entender, pelo Conselho Monetário Nacional, que apenas expediu normas para facilitar indiretamente a renegociação de dívidas e dar maior liquidez aos bancos.

No dia 16 de março do ano corrente, logo no início da pandemia, foram publicadas algumas resoluções que tiveram como objetivo facilitar a renegociação de dívidas, bem como criar linhas de crédito e incentivos para auxiliar as empresas nesse momento de crise decorrente da Covid-19. A Resolução 4.782/2020[47] dispensou as instituições financeiras de considerar as reestruturações de crédito realizadas até 30 de setembro de 2020 para fins de caracterização da operação como ativo problemático no gerenciamento do risco de crédito, nos termos do disposto no inciso I do § 1º do art. 24 da Resolução nº 4.557/2017[48] e inciso I do § 1º do art. 27 da Resolução nº 4.606/2017.[49] Na prática, tal regulamentação dispensa as instituições financeiras de considerar as operações renegociadas nesse período como ativos problemáticos, para efeito de cálculo de gerenciamento de risco, o que acaba por incentivar indiretamente a renegociação de dívidas.

Importante destacar que esta dispensa diz respeito a tomadores de crédito que estavam adimplentes na data da publicação da resolução e que não evidenciam ausência de capacidade financeira para honrar a obrigação repactuada, tal como dispõe o § 1º da Resolução 4.782/2020.

---

[47] Art. 1º da Resolução 4.782/2020: "Para fins do gerenciamento do risco de crédito, as reestruturações de operações de crédito realizadas até 30 de setembro de 2020, inclusive: I — ficam dispensadas de ser consideradas como indicativo para fins do disposto no § 1º do art. 24 da Resolução nº 4.557, de 23 de fevereiro de 2017, e no § 1º do art. 27 da Resolução nº 4.606, de 19 de outubro de 2017, com vistas à caracterização da respectiva exposição como ativo problemático; e (Incluído pela Resolução nº 4.791, de 2020); II — possibilitam a imediata reversão da caracterização da exposição como ativo problemático que tenha sido efetuada com base exclusivamente no inciso I do § 1º do art. 24 da Resolução nº 4.557, de 2017, ou no inciso I do § 1º do art. 27 da Resolução nº 4.606, de 2017. (Incluído pela Resolução nº 4.791, de 2020). § 1º O disposto no caput não se aplica à reestruturação de operações: I — já caracterizadas como ativos problemáticos na data de publicação desta Resolução; ou II — com evidências de ausência de capacidade financeira da contraparte para honrar a obrigação nas novas condições pactuadas".

[48] Art. 24 da Resolução 4.557/2017: "Para fins do gerenciamento do risco de crédito, a exposição deve ser caracterizada como ativo problemático quando verificado pelo menos um dos seguintes eventos: [...] § 1º Os indicativos de que uma obrigação não será integralmente honrada incluem: I – a instituição considera que a contraparte não tem mais capacidade financeira para honrar a obrigação nas condições pactuadas".

[49] Redação idêntica ao inciso I do § 1º do art. 24 da Resolução n. 4.557/2017.

A constitucionalidade da exclusão de consumidores inadimplentes está em discussão na ação direta de inconstitucionalidade n. 6368.

Também a Resolução 4.803/2020 de 9 de abril de 2020 permitiu a reclassificação das operações renegociadas no período da pandemia, prevendo as mesmas exceções da Resolução 4.782/2020.

Ainda em 16 de março de 2020 foi publicada a Resolução n. 4.783/2020, a qual, segundo o governo, “expande a capacidade de utilização de capital dos bancos a fim de que estes tenham melhores condições para realizar as eventuais renegociações no âmbito da primeira medida e de manter o fluxo de concessão de crédito”. E prossegue:

> Na prática, esta medida amplia a folga de capital (diferença entre o capital efetivo e o capital mínimo requerido), conferindo mais espaço e segurança aos bancos para manterem seus planos de concessões de crédito ou mesmo ampliá-los nos próximos meses, o que pode contribuir para a redução dos efeitos temporários decorrentes do Covid-19.[50]

Imediatamente após a publicação dessas Resoluções, a Febraban anunciou que os cinco maiores bancos associados — Banco do Brasil, Bradesco, Caixa, Itaú Unibanco e Santander — estariam abertos e comprometidos em atender pedidos de prorrogação, por 60 dias, dos vencimentos de dívidas de clientes pessoas físicas e micro e pequenas empresas para os contratos vigentes em dia e limitados aos valores já utilizados.[51]

Outras resoluções foram editadas abrindo linhas de crédito, regulando internamente a atividade bancária para o enfrentamento da crise ou criando incentivos a determinadas atividades econômicas, podendo ser citadas as resoluções 4.785, 4.786, 4.784.798, 4.801, 4.803 e 4.820, todas de 2020. Todavia, as resoluções que representaram

---

[50] CNM estabelece medidas para apoiar empresas e famílias diante dos efeitos do coronavírus na economia. Gov.br, Brasília, DF, 17 mar. 2020. Disponível em: https://bit.ly/33cMDo9. Acesso em: 28 set. 2020.

[51] Disponível em: https://bit.ly/3jbudtb. Acesso em: 28 set. 2020.

maior impacto nos contratos de crédito ao consumidor foram as citadas anteriormente.

Note-se, portanto, que o Conselho Monetário Nacional exerceu o seu papel regulatório incentivando a renegociação de dívidas, bem como expandindo a capacidade de utilização do capital pelos bancos para concessão de empréstimos. Porém, deixou ao arbítrio das instituições financeiras a implementação de programas de renegociação de dívidas e de concessão de crédito, tendo-se notícia de que ao menos os cinco maiores bancos do país já lançaram programas para promover a renegociação de dívidas.

No entanto, já se tem observado no Poder Judiciário paulista ações interpostas por consumidores que não conseguiram fazer valer o direito à renegociação ofertado pelas instituições financeiras. Considerando-se que o tema é recente, são poucas as sentenças e acórdãos a esse respeito, merecendo destaque a sentença proferida pelo Juiz Fábio Bernardes de Oliveira Filho, do Juizado Especial Cível da Comarca de Caraguatatuba, que deferiu a suspensão do financiamento por 60 dias, não apenas com fundamento na possibilidade de revisão por onerosidade excessiva, mas por descumprimento à oferta publicitária de renegociação, nos termos do artigo 30 do CDC.[52]

Cumpre mencionar, ainda, a liminar concedida em 20 de abril de 2020 pelo Juiz Renato Coelho Borelli, da 9ª Vara Federal do Distrito Federal, na ação popular n. 1022484-11.2020.4.01.3400,[53] determinando a suspensão das parcelas dos empréstimos consignados aos aposentados por quatro meses, vinculando o aumento de liquidez das instituições financeiras à efetiva concessão de prorrogação de operações financeiras, pelo período de 60 dias, sem a cobrança de juros e multa, bem como determinando que o Banco Central editasse normas complemen-

---

[52] "É evidente que a autora não conseguiu aderir à proposta, fato que está demonstrado nos documentos de fls. 16/27 e na necessidade de socorrer-se da tutela jurisdicional para tanto. O artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor é enfático ao dispor sobre o princípio da vinculação contratual da publicidade. A oferta veiculada pela requerida não faz nenhuma ressalva ao apresentar a seus consumidores a possibilidade de adiamento das parcelas do financiamento por sessenta dias. Daí porque a requerida deve ser compelida a cumprir a oferta mencionada. De outro modo, o pedido da autora também estaria justificado sob o prisma revisional". Processo Digital nº 1001879-40.2020.8.26.0126.

[53] O popular autor, advogado Márcio Mello Casado, gentilmente transmitiu as informações a respeito do processo.

tares para que as medidas de expansão da capacidade de utilização de capital pelos bancos refletissem efetivamente no aumento da oferta de crédito às empresas e às famílias.[54] Em apertada síntese, a decisão baseou-se na ausência de observância à finalidade das normas editadas pelo Conselho Monetário Nacional, visto que o próprio Banco Central declarou, ao expor os motivos no site oficial, que as medidas tinham o objetivo de incentivar a renegociação de dívidas e elevar o volume de crédito no mercado para que as empresas e famílias pudessem enfrentar a crise, anunciando um potencial de ampliar a liquidez do Sistema Financeiro em R$ 1,2 trilhão.[55] No entanto, ao editar as normas, deixou de vincular o recebimento dos benefícios pelas instituições financeiras ao efetivo cumprimento destas finalidades, de forma que o fluxo de concessão de crédito encontra-se bloqueado nas instituições financeiras.

Em 28 de abril de 2020 esta decisão foi suspensa pelo Desembargador do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Carlos Augusto Pires Brandão, em recurso interposto pelo Banco Central,56 fundamentando sua decisão na autonomia do Banco Central e na separação dos poderes e limites à interferência do Poder Judiciário, entendendo que a intervenção do Poder Judiciário na condução da política monetária apenas se justificaria em caso de inércia da autoridade competente e excepcionalidade do contexto fático, o que não ocorreu no presente caso.

Seja qual for o resultado desta ação (admitindo-se ou não maior interferência do Poder Judiciário), sob o ponto de vista exclusivamente acadêmico, o que se percebe é que a regulamentação do Conselho Monetário Nacional deveria ser mais efetiva, para que os consumidores e as empresas efetivamente recebessem os benefícios anunciados. Quanto às regras de repactuação de dívidas, estas deveriam conter critérios mais objetivos, considerando algumas situações especiais de consumidores, bem como as diversas modalidades de crédito, sobretudo em relação ao crédito consignado e ao financiamento de imóveis, em relação aos quais as consequências para o consumidor são drásticas, a fim de conferir uma solução harmônica que concretize os princípios da boa fé objetiva e da função econômica e social dos contratos, tendo como resultado a efetiva renegociação dos contratos, tal como destacado no tópico anterior.

4. Conclusões

Conforme tivemos a oportunidade de pontuar, muitos são os desafios jurídicos que serão colocados à apreciação dos operadores do direito a partir dos efeitos da pandemia da Covid-19 nos contratos bancários. A prudência e a atenção às situações concretamente apresentadas deverão ser o principal norte a ser seguido. Qualquer interpretação que pretenda radicalizar a aplicação do princípio da força obrigatória dos contratos, ou, de outra parte, das noções abstratas da boa-fé objetiva ou da função social dos contratos, estará fadada ao insucesso. O debate está apenas no início, não sendo possível prever todos os efeitos concretos desta pandemia nos contratos. A certeza que temos é que as soluções encontradas deverão sempre partir dos valores contidos na Constituição da República e buscar sua concretização dentro da sistemática do direito privado, com vistas à preservação da segurança jurídica.

Referências

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. *Revista dos Tribunais,* São Paulo, v. 87, n. 750, p. 113-120, 1998.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. *Revista do Direito do Consumidor,* São Paulo, n. 33, 2000.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. (parecer). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 94, n. 832. p. 113-137, 2005.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual. *In:* AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de direito privado.* São Paulo: Saraiva, 2009.

BC LANÇA hotsite sobre ações contra efeitos da Covid19 na economia. *Banco Central do Brasil*, Brasília, DF, 1º abr. 2020. Disponível em: https://bit.ly/30fgcn6. Acesso em: 28 set. 2020.

CNM estabelece medidas para apoiar empresas e famílias diante dos efeitos do coronavírus na *economia.gov.br*, Brasília, DF, 17 mar. 2020. Disponível em: https://bit.ly/33cMDo9. Acesso em: 28 set. 2020.

COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato*: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual. São Paulo: Renovar, 2012.

CORDEIRO, António Menezes. *Da boa-fé no direito civi*l. Coimbra: Almedina. 1984.

CORDEIRO, António Menezes. *Modernização do direito civil*. Coimbra: Almedina, 2004. v. 1.

ENTREVISTA: Judith Martins Costa. *Migalhas*, [S. l.], 2 jun. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3n1ekb6. Acesso em: 28 set. 2020.

JOSSERAND, Louis. *L'esprit de droits et de leur relativité*: théorie dite de l'abus des droits. 2. ed. Paris: Dalloz, 1939.

LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento del contrato*. Madrid: Revista del Derecho Privado, 1956.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor.* 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARQUES, Claudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*, Aracaju, n. 7, p. 15-54, 2004. Disponível: https://bit.ly/2S5EAD5. Acesso em: 28 set. 2020.

MARQUES, Claudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. *In:* CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Direitos do consumidor endividado*: superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEDIDAS de combate aos efeitos da Covid-19. *Banco Central do Brasil*, Brasília, DF, c2020. Disponível em: https://bit.ly/349x5Au. Acesso em: 28 set. 2020.

MORAES, Renato José de. *Cláusula rebus sic stantibus*. São Paulo: Saraiva, 2001.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*: novos paradigmas. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994.

PALHARES, Cinara. A tutela do consumidor excessivamente endividado como forma de preservação dos direitos fundamentais da pessoa humana. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: https://bit.ly/2EFxGBn. Acesso em: 28 set. 2020.

PALHARES, Cinara. *Distribuição de riscos nos contratos de crédito ao consumidor*. 2014. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: https://bit.ly/3idVRoa. Acesso em: 28 set. 2020.

ROSENVALD, Nelson. *Código Civil comentado*. Coordenação: Ministro Cezar Peluso. Barueri: Manole, 2020.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

SIMÃO, José Fernando. O contrato nos tempos da Covid-19: esqueçam a força maior e pensem na base do negócio. *Migalhas*, [S. l.], 3 abr. 2020. Disponível em: https://bit.ly/30dXKLz. Acesso em: 28 set. 2020.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. 2.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1977. v. 2.

Serviços públicos essenciais e a Covid-19

Ana Rita de Figueiredo Nery
Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Quem anda no trilho é trem de ferro,
sou água que corre entre as pedras:
liberdade caça jeito.
Manoel de Barros

Introdução

Nenhum Estado nacional estava preparado para os efeitos da pandemia. Compara-se o fenômeno contemporâneo a outras crises sanitárias que assolaram o planeta, a exemplo da peste negra do século XIV ou da febre espanhola do início do século XX. Outros falam das crises econômicas de 1929 e 2008. As comparações auxiliam a tomada de decisão e incrementam modelos científicos que servirão para as análises preditivas do contexto atual. Em matéria de serviços públicos, todavia, é difícil encontrar paralelos na história que sirvam como referência para a intensidade e multiplicidade de efeitos sobre a atividade estatal de prestação de utilidades públicas aos seus cidadãos.

A uma, porque a crise sanitária provocada pela Covid-19 coincide com mais de cem anos de experimentação do estado de bem-estar social e, portanto, com o amadurecimento da atividade estatal de prestar serviços públicos (diretamente ou através de parceiros privados). Falar em serviços públicos no século XXI é, antes, falar de um campo de atuação estatal bastante assimilado pela população, que já passou pelas complexas filtragens do Estado prestacional e do Estado regulador e por uma jornada de reforço às liberdades individuais e de aperfeiçoamento das instâncias de controle da ação pública.

A duas, porque nunca antes a disciplina de serviços públicos sofreu tanta influência da internacionalização de seus atores econômicos e da integração política e social de seus usuários. Pode-se falar da relevância dos blocos supranacionais na regulação de serviços públicos, da constituição de normas internacionais de Direito Administrativo e dos financiamentos externos para redes de infraestrutura.[1] Uma crise sanitária contemporânea, portanto, de dimensões globais, impacta de forma ainda mais severa os serviços públicos que possuem vínculos de governança, financiamento ou organização de caráter global. A esse respeito, análises econômicas estimavam que no ano de 2020 haveria recorde de investimentos privados em infraestrutura para serviços públicos, especialmente por conta das taxas de juros baixas e da estagnação de algumas frentes de investimento.

Em terceiro lugar, diferentemente de outros fenômenos em que as circunstâncias de retomada eram conhecidas e previsíveis, no caso da pandemia do coronavírus o "estado de coisas anterior" não existe. Não se sabe, por exemplo, se a força produtiva poderá ser integralmente disponibilizada mesmo que cessadas as medidas de isolamento social. Não se sabe por quanto tempo os serviços de saúde seguirão saturados, tampouco por quanto tempo a taxa de ocupação dos serviços de transporte em geral se manterá reduzida. Questões como a distribuição de riscos contratuais no mundo pós-pandemia e a atratividade de blocos de concessão de serviços, como o de transporte aéreo, passam a ser

[1] Sabino Cassese é uma referência no tratamento da internacionalização do Direito Administrativo, tema abordado em: CASSESE, Sabino. La globalización jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2006; CASSESE, Sabino. Territori e Potere: un nuovo ruolo per gli Stati? Bologna: Il Mulino, 2016; CASSESE, Sabino. A crise do Estado. Tradução Ilse Paschoal Moreira, Fernanda Landucci Ortale. Campinas: Saberes, 2010.

fundamentais em um tempo em que a expectativa era de crescimento, investimento e aperfeiçoamento dos modelos existentes.

Por qualquer dos ângulos o que se tem é um cenário em que a prestação de serviços públicos se apresenta extremamente estremecida e desafiada pela realidade. O Direito Administrativo, por sua vez, é impactado em inúmeras frentes.

Pode-se pensar no grupo de serviços remunerados por tarifa que sofreu uma queda abrupta no número de usuários e, portanto, na receita. É o caso, por exemplo, de trens, metrôs e transporte aéreo. Alguns aeroportos de perfil regional como Congonhas e Orly, na França, tiveram 100% de redução de passageiros. Outros, a exemplo dos aeroportos de Guarulhos e Frankfurt, com perfil internacional, tiveram redução de cerca de 80% do tráfego aéreo. Os serviços de trens e metrôs não está atrás. Na Inglaterra, por exemplo, esses serviços tiveram redução de quase 95%, índice próximo ao de Nova Iorque no pico da pandemia. Toronto e Madrid experimentaram quase 80% de redução de fluxo nesses serviços.[2]

Pode-se pensar também em serviços que tiveram um incremento repentino de demanda. Aqui, por óbvio, estão os serviços públicos de atendimento médico-hospitalar, mas também estão os serviços de coleta domiciliar de lixo, que subitamente precisaram absorver um volume considerável de resíduos antes depositados para coleta e tratamento por empresas especializadas, atuantes por exemplo em shopping centers, redes de restaurante e empresas. Pode-se pensar na migração repentina do transporte público para o transporte individual com o fim do isolamento social e a retomada das atividades econômicas.

Há o impacto da pandemia sobre os contratos de concessão de serviços públicos, ou seja: sobre os contratos de prestação continuada que têm por objeto a entrega de prestações úteis à população na forma de serviços, como metrô, manutenção e administração de rodovias e aeroportos. Nesses casos, estima-se o recurso massivo às ferramentas de reequilíbrio econômico-financeiro, não sendo difícil supor que

---

[2] As referências foram trazidas por Carlos Ragazzo em: WEBINAR: impacto da Covid-19 nos serviços públicos essenciais. [S. l.: s. n.], 2020. 1 vídeo (93 min). Publicado pelo canal FGV. Disponível em: https://bit.ly/35W3lK0. Acesso em: 20 jun. 2020.

muitas dessas recomposições serão frustradas e colocarão em risco a continuidade dos serviços caso não encontrem nos órgãos de regulação, controle ou mesmo na legislação emergencial perspectivas de repactuação e prorrogação mais flexíveis que as da lei em vigor.

Em meio a tantos dilemas, o objetivo deste trabalho é examinar o conceito de “serviços públicos essenciais”: o que ele representa à luz das normas recentemente publicadas por conta da pandemia e como ele se encaixa na disciplina tradicional sobre serviços públicos. Para tanto, é necessária uma breve análise sobre o conceito de serviços públicos e sobre a trajetória de formação do direito nacional a esse respeito. Após, segue-se a análise do atributo da essencialidade e da relevância do critério formal (normativo) para tomada de decisão pelo administrador público em contextos de crise. Chega-se ao exame dos conflitos de direito material que pesam sobre os serviços públicos essenciais durante o contexto da pandemia, notadamente sobre os conflitos entre direito individual do consumidor e o interesse coletivo dos usuários desses serviços. Importante extrair da opção normativa pela referência a serviços públicos essenciais algum aprendizado que sirva não apenas ao contexto da pandemia, mas para a flexibilização do regime jurídico de Direito Público em outras circunstâncias.

1. Serviços públicos: a institucionalidade por trás da garantia de seus atributos

Como já tratado em outra oportunidade,[3] a construção de um conceito para “serviço público” é peculiar como a própria construção do Direito Administrativo. Não se pauta em um corpo unificado de regras e princípios positivados. Diferentemente do que se observa em outros ramos do Direito, a disciplina dos serviços públicos constrói-se diariamente a partir de necessidades sociopolíticas traduzidas ou não em normas jurídicas. O contexto da pandemia sublinha a importância

[3] Concita-se remeter o leitor para NERY, Ana Rita de Figueiredo. Serviço Público: o que é e para que serve? *Revista da Escola Paulista da Magistratura,* São Paulo, v. 12, n. 1, p. 7-20, 2012.

[4] Sobre a crise dos serviços públicos, ver: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007; especialmente o capítulo VI.

dos regulamentos casuísticos, instalados na base da pirâmide kelseniana, e da contínua conformação do modo de prestação dos serviços públicos ao poder do Estado. A volatilidade de definições e critérios que afinam o conceito de serviço público é a marca contemporânea do tema.

Historicamente, a dificuldade científica aproximou respeitosa doutrina da conclusão de que serviços públicos não existiram como instituto jurídico autônomo, catalisador de um conteúdo técnico que justificasse sua autonomia.[4]

A perspectiva de construção, se não de um conceito ao menos de uma noção minimamente sólida de serviço público, pressupõe que se aninhe a herança dos sistemas estrangeiros com as construções nacionais sobre o tema. Nessa junção, pode-se dizer que a aproximação com as escolas europeias que se debruçaram sobre o tema dos serviços públicos fez preponderar o aspecto formal sobre o material, isto é, sobre o aspecto da essencialidade do serviço.

Mais importante que a relevância pública de determinado serviço era a existência de um *regime jurídico* instituído por norma que carimbasse determinada atividade estatal com o selo "serviço público". Como já se teve a oportunidade de enunciar,

> tomou-se – como que por metonímia – o continente pelo conteúdo, de forma que a construção jurídico-intelectual migrou do norte das necessidades sociais para a discussão sobre o funcionamento, organização e gestão de serviços públicos pelo Estado.[5]

Desde o medievo, passando pelos Estados absolutos e chegando aos Estados modernos, a definição do que era ou não um serviço cabível ao Estado delimitava, a reboque, o âmbito de incidência da força pública e o espectro da conservação e da expansão do poder do

---

[5] NERY, Ana Rita de Figueiredo. Serviço público: o que é e para que serve? *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, v. 12, n. 1, 2012, p. 10.

[6] JÈZE, Gaston. *Princípios generales del derecho administrativo*. 2. ed. Tradução Carlos García Oviedo. Madrid: Reus, 1928, t. 2, p. 4. Disponível em: https://bit.ly/3iF589U. Acesso em: 21 out. 2012.

governo central. Delimitava, em última análise, um espaço de intervenção imediata do Estado o que, nessa medida, garantia a coesão social necessária ao fortalecimento do poder público.

O reforço da concepção de regime jurídico se deu pela doutrina de Gaston Jèze, que anunciou sensível dicotomia entre atividades econômicas e serviços públicos em um cenário de pós-guerra. Para Gaston Jèze, dizer que há serviço público em determinada hipótese "equivale a afirmar que os agentes públicos, para darem satisfação regular e contínua a certa categoria de necessidades de interesse geral, podem aplicar os procedimentos de Direito Público, quer dizer, um regime jurídico especial".[6]

Os desdobramentos dessa concepção formalista são inúmeros, a começar pela associação muitas vezes forçada entre a intervenção estatal no domínio dos serviços públicos e a garantia do desenvolvimento social. Encontra-se na tese de Gaston Jèze, por exemplo, a afirmação que atrela a civilidade de um país à organização de serviços públicos e, por pressuposto, que o regular funcionamento destes serviços exige regras jurídicas especiais.[7]

Da parte do direito americano se tiram soluções diferenciadas daquelas do direito europeu, mas não menos influentes no modelo de serviço público contemporâneo e, portanto, não menos aptas a permitir a intervenção imediata do Estado em contextos de crise. Especialmente nos Estados Unidos, a menor evidência da separação entre regimes público e privado, na prática, não representava a ausência de derrogação das liberdades privadas. As derrogações das liberdades privadas ganhavam contornos de regulação, ao passo que no modelo europeu – bastante influente no direito brasileiro ao longo do século XX – atribuíam-se essas derrogações ao regime jurídico de direito público. No direito americano, portanto, os resultados se assemelham àqueles do regime jurídico de Direito Público, só que através de vias condicionantes e disciplinadoras do exercício da liberdade privada.

Importa aqui observar que a ideia de serviço público, sob o ponto de vista das mais variadas escolas de Direito Administrativo, passa pelo

[7] JÈZE, Gaston. *Princípios generales del derecho administrativo*. 2. ed. Tradução Carlos García Oviedo. Madrid: Reus, 1928, t. 2, p. 1. Disponível em: https://bit.ly/3iF589U. Acesso em: 21 out. 2012.

filtro institucional de uma decisão administrativa que elege determinadas prestações públicas para se submeterem ao que se denomina regime jurídico de Direito Público ou à regulação do Estado sobre *public utilities*.

A institucionalidade — chame-se de regime jurídico de Direito Público, chame-se de regime regulatório das *public utilities* — é o dado estruturante de todos os atributos tradicionalmente reconhecidos aos serviços públicos, a saber: *universalidade ou generalidade, modicidade de tarifa, segurança, cortesia, continuidade, regularidade, atualidade e eficiência*. A institucionalidade emoldura o controle exercido pelo poder público e dá suporte à tomada de decisão pela Administração Pública quando, em momentos de crise, precisa calibrar as atividades prestacionais para melhor atendimento do interesse público.

No caso da pandemia, esse calibre se deu pela atribuição da qualidade de "essencial" a determinados serviços públicos. Passa quase despercebida a ideia de que o poder público pode manejar a prestação de serviços públicos de forma tal a dizer quais se manterão em funcionamento e quais não se manterão em funcionamento. Mas o fato é que isso apenas acontece porque há institucionalidade e porque há, assimilada à experiência do usuário com o serviço público, a ideia de que esses serviços se submetem ao poder do Estado, seja por conta de um regime jurídico único, seja por conta, em alguns países, de estrita regulação.

Recorre-se aqui ao conceito de serviços públicos trazido por Alexandre Aragão para jogar luzes sobre a institucionalidade que pesa sobre a separação entre o grupo de serviços que merecerá atenção especial do Estado, com derrogação de liberdades privadas, e as demais atividades econômicas para as quais predominarão características de livre mercado. Serviços públicos, para Alexandre Aragão, são

> atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas

[8] ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Direitos dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 157.

> diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade.[8]

Fato é que os dois grandes modelos de tratamento das atividades de prestação das utilidades econômicas à coletividade — o modelo europeu e o modelo americano — deságuam na prática nacional da prestação de serviço público com alguns fortes elementos convergentes de influência, atualmente fundamentais para a reação do Estado contra a disseminação da Covid-19, a saber: a sujeição do interesse individual ao interesse geral, a continuidade, a igualdade e a derrogação das liberdades individuais para coibição de abusos. Tudo isso em razão da institucionalidade por trás de cada um desses atributos.

Apresentado o pano de fundo que rege a disciplina dos serviços públicos, passa-se para a análise dos serviços públicos essenciais, ou seja, desse grupo de serviços ao qual foi atribuído tratamento distinto dos demais. Importante investigar não apenas o tratamento pretérito conferido pela lei aos serviços públicos essenciais, mas também o que se extrai do debate entre formalistas e essencialistas e o que fica, depois da pandemia, como estratégia de mitigação do regime jurídico de Direito Público como forma de apoio às decisões administrativas.

I) 2. Serviços públicos essenciais: experiência normativa e a mitigação da teoria formalista em prestígio à utilidade dos serviços

Até a pandemia, a expressão "serviços públicos essenciais" era basicamente usada para tratamento de três situações distintas: i) nominar os serviços aos quais o artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor estabelece a obrigação de continuidade; ii) tratar sobre os serviços públicos cuja prestação deve ser garantida em situações de greve,

---

[9] GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*. *Código de Defesa do Consumidor:* comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 233.

na medida em que são indispensáveis ao atendimento de necessidades inadiáveis da comunidade (Lei 7.783/1989, artigos 10 e 13); iii) ilustrar a disputa entre os critérios formalista e essencialista em matéria de qualificação de uma atividade como serviço público.

No primeiro caso fala-se de serviços públicos essenciais para designar um grupo de serviços que, conforme estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor, além de prestados de forma adequada, eficiente e segura devem ser prestados de forma contínua.

O artigo 22 não estabelece o rol de serviços públicos essenciais. Já nos comentários,[9] apresentados no artigo pelos coautores do Código de Defesa do Consumidor, é trazida a dificuldade de se investigar a natureza do serviço público para tentar surpreender, neste ou naquele, o traço da sua essencialidade. Para os autores, "parece mais razoável sustentar a imanência desse requisito para todos os serviços prestados pelo Poder Público". "Todos passam por uma gradação de essencialidade", de forma que, na prática, a *continuidade* passa a ser a grande estrela dos conflitos consumeristas nesta seara.

O grau de essencialidade do serviço, portanto, aos olhos do Código de Defesa do Consumidor, passa a ser uma discussão secundária frente ao conflito de interesses que se põe entre o interesse individual do consumidor e o interesse do fornecedor de serviços (poder público, delegatários ou concessionários).

O segundo uso da expressão "serviços públicos essenciais", identificado na Lei de Greve, apresenta modelagem distinta. Na Lei de Greve o legislador optou por um rol fechado dos serviços ou atividades essenciais que receberiam tratamento distinto. Sem muita preocupação em discernir o que seria serviço e o que seria atividade listaram-se, por exemplo, os serviços de tratamento e abastecimento de água, de produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis, de assistência médica e hospitalar, serviços funerários, transporte coletivo, captação e tratamento de esgoto e lixo, telecomunicações, guarda, controle de tráfego aéreo e navegação aérea.

No âmbito da Lei de Greve, portanto, a continuidade da prestação decorre diretamente da essencialidade do serviço público, independentemente de um juízo sobre o interesse individual do usuário do serviço.

Situação diferente se dá no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, cujos conflitos revelam que a continuidade não depende da essencialidade do bem. Reconhece-se que todos os serviços possuem algum grau de essencialidade, como um traço imanente. A continuidade, no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, dependerá em verdade da resultante do conflito entre o usuário do serviço e o fornecedor desse serviço, isto é, do conflito entre o usuário inadimplente e a concessionária credora; entre o usuário contratante e o delegatário em mora.

O terceiro debate tem origem doutrinária e feições propedêuticas. Opõe formalistas e essencialistas na disputa sobre o que é e o que não é serviço público. Para os formalistas, a qualificação de uma prestação de utilidade como serviço público dependeria de lei ou mesmo da Constituição. Assim, não haveria nada na essência de determinado serviço que afastasse a possibilidade de ser prestado sob o manto do regime jurídico de direito público, bastando a existência de um regramento que assim o declarasse.

Os formalistas se apoiam na ideia de regimes jurídicos estanques e herméticos. Para os essencialistas, por sua vez, a relevância de um serviço deve ser analisada sob o ponto de vista material, da evolução social. Independe, portanto, de uma definição juspositivista.

A corrente essencialista é minoritária, mas serve ainda hoje para chamar a atenção dos formalistas para certa limitação na definição do rol de serviços públicos. Basta dizer que serviços de teatro[10] já foram considerados serviços públicos na França, assim como, recentemente, levou-se ao Supremo Tribunal Federal a discussão sobre a constitucionalidade de Medida Provisória que estabelecia que jogos de bingo passariam a ser serviços públicos a cargo da União.[11] Oswaldo Aranha

---

[10] Sobre a relação entre o Direito e os Teatros de Ópera na França, especificamente sobre o monopólio musical do Antigo Regime: TILLIT, Paul. Un monopole musical sous l'Ancien Régime: le privilège de l'opéra de 1669 à la Révolution. *In:* TOUZEIL-DIVINA, Mathieu; KOUBI, Geneviève. *Droit & opéra*. Paris: LGDJ, 2008, p. 3-24.

[11] A Medida Provisória nº 2.216-31, de 31 de agosto de 2001, no seu artigo 17, trouxe nova redação ao artigo 59 da Lei nº 9.615, de 24 de março de 1968 e estabeleceu que "a exploração de jogos de bingo, serviço público de competência da União, será executada, direta ou indiretamente, pela Caixa Econômica Federal em todo o território nacional, nos termos desta Lei e do respectivo regulamento". A Medida Provisória nº 2.216-31 foi objeto da ADIN nº 2888/2003 e, posteriormente, o artigo 17 foi revogado pela Medida Provisória nº 168 de 20 de fevereiro de 2004.

Bandeira de Mello fazia referência ao serviço público de matadouros públicos ou concedidos do início do século XX, de exclusividade dos municípios, que em muito restringiam o comércio de carne bovina para a população.[12]

A corrente essencialista propõe, ademais, debates sobre a fragmentação de determinados setores, para que nas pontas desses serviços seja levantado o regime jurídico de Direito Público e autorizada a livre participação da iniciativa privada, a exemplo do setor de portos, postal e elétrico.

Dito isso, como esses conceitos dialogam com o tratamento da expressão "serviços públicos essenciais" recorrentemente utilizada pelas normativas provenientes das ações governamentais para enfrentamento da pandemia? Quais os pontos em comum e o que se pode aproveitar de tratamentos tão múltiplos para a mesma expressão "serviços públicos essenciais"?

A Lei Federal 13.979/2020, que dispõe sobre o enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, estabelece genericamente que as medidas de isolamento, quarentena e realização compulsória de testes, exames e tratamentos (Art. 3º, I, II e III) deverão "resguardar o exercício e o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais". Estabelece ainda que o Presidente da República disporá, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais a que se refere a lei.

O Decreto n. 10.282 de 20 de março de 2020, por sua vez, sob a expressão "serviços classificados como essenciais" arrolou serviços públicos e atividades para fins do que dispõe a Lei n. 13.979/2020, entre eles, serviço público de trânsito e transporte interestadual e internacional de passageiros, assistência social, serviços funerários e serviços postais entre outros.[13]

---

[12] MELLO. Oswaldo Aranha Bandeira de. Aspecto jurídico-administrativo da concessão de serviço público. *Revista de Direito Administrativo:* seleção histórica, Rio de Janeiro, v. 34, p. 34-48, 1953.

[13] Para análise de toda a lista: BRASIL. Presidência da República. Serviços essenciais: Covid-19. *Portal da Legislação,* Brasília, DF, 2020. Disponível em: https://bit.ly/3hL46b0. Acesso em: 22 jun. 2020.

No exercício da competência constitucional concorrente, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal[14] a cada uma das unidades federativas, outros normativos foram publicados contendo, em meio a diversas atividade privadas, listas de serviços públicos reconhecidos como essenciais que, assim, se mantiveram em funcionamento, a exemplo dos serviços de transporte coletivo, funerário e de limpeza urbana, conforme Decreto n. 59.403/2020, da Prefeitura Municipal de São Paulo.

Observa-se nesse conjunto de normativos produzidos em razão do contexto da pandemia um ponto de aproximação e um ponto de distanciamento com o repertório já conhecido sobre serviços públicos essenciais, quer em razão da Lei de Greve e do Código de Defesa do Consumidor, quer em razão do debate entre essencialistas e formalistas.

O que aproxima esses conceitos é a mitigação do regime jurídico de Direito Público — hermético e intransigente — em prol de uma visão mais maleável acerca dos serviços públicos. A toda evidência, diante da necessidade de se adequar a prestação de determinados serviços a regramentos excepcionais, seja para atendimento das novas demandas, seja para preservação da incolumidade dos usuários, a estratégia das administrações públicas no país foi a de lançar luzes para a utilidade de determinados serviços, e não tanto para o regime jurídico a que estavam submetidos.

Toda a experiência normativa com a expressão “serviços públicos essenciais” revela a flexibilização do regime jurídico de direito público e o prestígio à essencialidade do serviço, ou seja: à relevância desses serviços para a promoção da dignidade dos cidadãos. Ainda que, no caso do Código de Defesa do Consumidor, a doutrina e a jurisprudência tenham caminhado no sentido de não listar os serviços públicos que seriam essenciais, há uma clara disposição do legislador de atribuir tratamento distinto a serviços que possuem variado grau de relevância social.

Sintomático dessa conclusão é o tratamento conjunto de atividades econômicas e serviços públicos ditos essenciais. Os normativos

---

[14] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 6341. Relator: Min. Marco Aurélio Mello, 15 de abril de 2020. Brasília, DF: STF, 2020.

editados em razão da pandemia — na esteira do que já se tinha com a Lei de Greve — tratam indistintamente de atividades e serviços, a revelar que o regime a que se submetem é menos importante que a premissa de continuidade. Não se discute o regime de trabalho dos funcionários, modicidade de tarifa nem a natureza dos bens e patrimônio. A sustentabilidade desses serviços e atividades tidos por essenciais não está no regime jurídico a que são submetidos, mas na institucionalidade da sujeição desses serviços e atividades aos comandos do Estado. Tanto é que também as atividades prestadas em regime privado se sujeitarão em igualdade de condições à regulação extraordinária do Estado para fins de controle da pandemia.

O contexto da pandemia e a necessidade de se estabelecer um regime jurídico distinto, emergencial, extraordinário para um grupo de "serviços públicos" assim intitulados "essenciais", resgata uma perspectiva mitigada das teorias formalistas porquanto menos voltada para o regime jurídico estabelecido e mais voltada para os atributos da prestação.

O que se vê nesse microssistema jurídico gerado pela necessidade de reação dos estados à emergência sanitária é uma estratégia normativa que, em parte, já se verificava na Lei de Greve e no Código de Defesa do Consumidor, mas que se entende tenha sido especialmente importante no momento atual diante da necessidade de estabelecimento de estratégias para rápida tomada de decisão.

3. Serviços públicos essenciais: regime extraordinário de controle da pandemia, estratégia de tomada de decisão e o necessário equilíbrio entre o interesse individual e o interesse coletivo

Por tudo que foi trazido até aqui, tem-se que a ideia de essencialidade sempre permeou o tema dos serviços públicos, ainda que a trajetória formalista tenha feito prevalecer, pelo menos no Brasil, a ideia de um regime jurídico de direito público único e hermético, a atender todos os serviços públicos de forma homogênea. A prática brasileira somada à experiência de países de tradição anglo-saxã, contudo, indica que os atributos dos serviços públicos dependem mais da institucionalidade por trás dessas prestações que, propriamente, da existência de

regimes jurídicos herméticos.

Identificam-se determinadas circunstâncias mais ou menos previsíveis (pandemia, greves, inadimplência e crise financeira) e se garante, a partir da intervenção do Estado, a continuidade dos serviços tidos por essenciais. Essa é a perspectiva que aproxima a dinâmica dos serviços públicos essenciais dos regimes extraordinários durante a pandemia das anteriores experiências legislativas, jurisprudenciais e doutrinárias com serviços públicos.

Há, todavia, uma segunda perspectiva que destaca o contexto da pandemia dos demais contextos em que a expressão “serviços públicos essenciais” era utilizada. Por essa segunda perspectiva, a mitigação da perspectiva formalista e do regime jurídico de Direito Público serve não apenas à garantia direta do interesse coletivo na continuidade da prestação, mas como uma estratégia política importante para a tomada de decisão pela Administração Pública.

No contexto da pandemia, dizer o que é serviço público essencial e o que não é serviço público essencial define a alocação de recursos, as estratégias de publicidade, a destinação de mão de obra e até mesmo orienta regimes diferenciados de contratação. Estabelecem-se prontamente os centros de interesse mais afetados e, a partir daí, é possível tomar decisões.

À primeira vista, o rol de serviços públicos essenciais não passa de um informativo para o cidadão acerca da rotina de funcionamento de transporte público coletivo, serviço funerário, serviços de distribuição de água etc. Aproximada a lupa, observa-se uma complexa estratégia bastante útil para a estruturação das ações administrativas e para a realização dos princípios da eficiência, da impessoalidade e da publicidade. Essa estratégia normativa serve, internamente, à organização administrativa e, externamente, ao estabelecimento de um canal de comunicação com os demais centros de interesse afetados pela pandemia, desde o usuário do serviço essencial até o concessionário.

É fato que diante da diversidade de interesses que circundam um momento tão crítico, é fundamental que a Administração Pública tome decisões de forma racional, ancorada na premissa de que diversos setores disputam as preferências do poder público.

Sob a ótica da teoria da escolha pública, as decisões políticas refletem uma complexa dinâmica de interferências externas. No que diz

respeito às decisões políticas, o modelo majoritário de democracia tende a ser competitivo e conflitivo. Esse modelo competitivo e conflitivo, não raro, tensiona a relação de interdependência entre o comportamento governamental e o comportamento dos indivíduos em relação ao governo. Em contextos de crise, esse atrito – natural das democracias – pode comprometer uma rápida resposta de adesão coletiva a posturas muitas vezes impopulares (isolamento social, *lockdown,* fechamento dos estabelecimentos comerciais etc.).

Arend Lijphart[15] apresenta, contudo, importante estudo ilustrando o conceito de democracia de consenso, apresentando Suíça e Bélgica como modelos de democracia em que as decisões políticas se estabelecem, muitas vezes, pelo consenso. Para Lijphart é possível, mesmo em meio a intensas disputas de interesse, que a decisão pública (expressão do poder autoritário) tenha perspectivas consensuais. Para Lijphart o modelo consensual, em meio aos atritos da democracia, pode ser buscado através de decisões que busquem a inclusão e a assunção de compromissos por parte do tomador de decisão.

A definição dos serviços públicos essenciais mostra-se uma estratégia que reforça o compromisso entre o tomador da decisão (poder público) e a sociedade, além de ser inclusiva em relação aos atores interessados nas atividades econômicas igualmente caracterizadas como essenciais. É o caso, por exemplo, do setor de construção civil que não é serviço público e que ganhou chancela de continuidade em razão do reconhecimento de que se tratava de atividade essencial. Ainda que as opções públicas se sujeitem à análise de razoabilidade e não sejam imunes a críticas, fato é que se atingem alguns consensos minimizando os atritos que normalmente surgem em modelo negocial, competitivo e conflitivo.

---

[15] Argumenta-se que as democracias de consenso são "mais gentis" e "suaves", porque são mais propensas ao desenvolvimento de um estado de bem-estar, ao cuidado com o meio-ambiente, a prender menos pessoas, a evitar pena de morte e a fornecer ajuda externa. Além disso, essas democracias elegeriam mais mulheres, reduziriam disparidades econômicas e permitiriam maior participação no processo eleitoral, além de produzirem cidadãos que — dizem os pesquisadores — estão satisfeitos com o seu regime de democracia. Indica-se também que, em democracias consensuais, líderes selecionados possuem opiniões mais convergentes com as dos cidadãos; aumenta-se a responsabilidade para minimizar a corrupção e se garante que o governo esteja sempre apoiado por uma maioria, e não apenas em uma pluralidade. A valorização de tais atributos aponta predileção de Lijphart pela democracia do consenso. (LIJPHART, Arend. *Patterns of democracy:* government forms and performance in thirty-six countries. New Haven: Yale University Press, 1999, p. 185-199).

De outra banda, a possibilidade de negociação de posições políticas em contextos de crise como este pode desequilibrar a performance da Administração Pública em razão da pressão dos interesses individuais sobre o interesse coletivo no funcionamento integral dos serviços. Nesse sentido, deve-se reforçar que a flexibilização do regime jurídico de direito público e o manejo da regulação, no sentido de atenuar a posição do usuário-consumidor, favorecem, em última análise, o interesse coletivo na contenção da pandemia.

Imagine-se o exemplo em que um ônibus destinado ao transporte coletivo encontra-se estacionado no terminal. Por conta de limitações estabelecidas pela regulação, o ônibus deixa o terminal praticamente vazio, ainda que um feixe de usuários o aguardasse naquele mesmo terminal de pé, na fila do ônibus. Fora do contexto pandêmico não seria difícil justificar o direito subjetivo do usuário-consumidor do serviço de transporte coletivo a ingressar naquele ônibus e seguir viagem nele. As limitações ao interesse individual, nesses casos, apenas são possíveis graças à mitigação do regime jurídico de prestação dos serviços de transporte coletivo, em uma estratégia de intervenção reforçada do Estado no rol de serviços públicos essenciais.

O necessário equilíbrio entre o interesse individual e o interesse coletivo, depende, nesse momento, de uma articulação maior entre as agências reguladoras. Depende, ademais, de as medidas de mitigação alcançarem não apenas as prestadoras de serviço, mas também os usuários.

Ao tratar da continuidade dos serviços essenciais em meio à pandemia, todas as agências reguladoras, em maior ou menor medida, relativizaram suas regras e mitigaram exigências. Isso porque a ideia de continuidade não equivale à ideia de manutenção da qualidade do serviço prestado em condições normais. Para tanto companhias aéreas estão dispensadas de comunicar ao consumidor o cancelamento de voos com 72 horas de antecedência e a Aneel dispensou as distribuidoras de atendimento presencial ao público, por exemplo, para vistorias. Também a ANP, por exemplo, reduziu a necessidade de estoque de combustível.

Mas e o usuário? É possível observar a mesma uniformidade no tratamento que as agências reguladoras dispensam aos prestadores de serviços essenciais e aos usuários dos serviços essenciais? Natasha Schmitt Caccia Salinas[16] alerta que não. Esse descompasso entre a

tutela dos prestadores e a tutela dos usuários, somado à falta de sintonia entre as agências reguladoras, tende a dificultar a tutela do interesse coletivo e a multiplicar situações de lesão a direitos individuais.

Exemplificativamente, se por um lado a Aneel atuou no sentido de proibir o corte de energia e concedeu descontos para beneficiados por tarifa social, o mesmo não foi feito pela Anatel ou pela ANA, sobre agências de abastecimento de água não estão tomando medidas equivalentes. A falta de uniformidade na reação das agências reguladoras, notadamente em relação à proteção dos usuários, tende a comprometer os esforços públicos no sentido da criação de um ambiente administrativo favorável à continuidade dos serviços e à proteção do interesse coletivo.

Conclusão

Em *La política de la burocracia,*[17] Brainard Guy Peters analisa a importância de indicadores como confiança e desconfiança para a cultura política, e sua relação com o fortalecimento do poder administrativo. Conclui o autor, em uma das pesquisas apresentadas, que a ausência de confiança social na cultura política elimina, ou ao menos diminui, a possibilidade de atividades de autorregulação ou de regulação fora do ambiente público. Em sociedades que manifestam maior confiança na cultura política, a sociedade se porta de forma mais impregnada pela cultura administrativa de controle e regulação, favorecendo entidades não governamentais e iniciativas sociais.

O estudo de Peters deixa claro que a existência de normas extraordinárias que excepcionem a entrega costumeira de determinados serviços públicos aos cidadãos e que reorganizem esses serviços para que haja continuidade sem agravamento da pandemia não são suficientes para a imediata aderência da população a todas as posturas sanitárias recomendadas. Sequer são suficientes para a compreensão

[16] WEBINAR: impacto da Covid-19 nos serviços públicos essenciais. [S. l.: s. n.], 2020. 1 vídeo (93 min). Publicado pelo canal FGV. Disponível em: https://bit.ly/35W3lK0. Acesso em: 20 jun. 2020.

[17] PETERS, Brainard Guy. *La política de la burocracia*. Tradução Eduardo L. Duárez Galindo. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 156.

de que o interesse coletivo na redução de disponibilidade de determinados serviços (a exemplo da redução de cirurgias eletivas ou da impossibilidade de se levar acompanhantes para as maternidades) irão se sobrepor ao interesse individual do usuário-consumidor em receber a prestação daquele serviço como usualmente.

Segundo estudos apresentados por Pablo Cerdeira[18] após observar no Recife e no Rio de Janeiro a resposta da população às determinações de isolamento, verificou-se que, depois de cada iniciativa da Administração Pública no sentido de recrudescer o isolamento social e limitar o funcionamento dos serviços públicos, havia imediatamente o aumento na taxa de isolamento social; todavia, rapidamente essa adesão era amansada até que nova decisão fosse necessária para resgatar a atenção da população e, assim, o vínculo com as medidas de isolamento. Isso é retrato do grau de confiança da população na cultura política.

O que se pretendeu destacar neste trabalho é que o interesse na segregação de determinados serviços públicos, tidos por essenciais, para manejo específico de soluções de continuidade não é uma novidade no nosso sistema. Trata-se de alternativa que deve ser ainda mais explorada e aperfeiçoada, sempre com o foco em se resgatar aquilo que na origem da construção da Escola dos Serviços Públicos foi identificado por León Duguit como um prestígio à utilidade e à essencialidade no lugar do regime jurídico de Direito Público.

Viu-se que, para além do interesse coletivo no funcionamento de determinados serviços, ainda que parcial, há uma estratégia da administração em criar um ambiente controlado que estará sujeito a todo o regime extraordinário de compras públicas, de tratamento dos recursos humanos e de concentração de investimentos. Não se sabe ao certo como a alocação de recursos vai responder à complexa disputa entre investimentos sociais e investimentos em infraestrutura, mas é possível dizer que a reorganização dos serviços públicos essenciais e a clareza em relação aos limites de atendimento de cada um desses serviços serão fundamentais diante da multiplicidade de interesses que rever-

---

[18] BIG data nas operações emergenciais na crise. [S. l.: s. n.], 2020. 1 vídeo (83 min). Publicado pelo canal Insper. Disponível em: https://bit.ly/2FH1Pkl. Acesso em: 10 jun. 2020.

beram nas arenas políticas. A indicação dos serviços públicos essenciais impacta positivamente a racionalidade dessa estratégia na medida em que os conflitos de interesse se tornam mais claros e as justificativas do Estado mais sindicáveis.

Ademais, o foco na essencialidade favorece a relativização do interesse individual de consumidores e usuários dos serviços públicos frente ao interesse coletivo. Em um regime extraordinário, no qual os transportes circularão com menor densidade, as companhias aéreas precisarão rever itinerários e a coleta de lixo domiciliar demandará a assunção de algumas responsabilidades pelo usuário. Os interesses individuais não podem ficar de fora desse esforço coletivo de mitigar a proliferação do vírus e de evitar novas ondas de contaminação.

Em meio a todos esses dilemas, surgem conflitos federativos como reflexos do modelo de compartilhamento de competências legislativas sobre matéria de serviços públicos entre a União e as demais unidades federativas. Forma-se, em matéria de serviços públicos, um verdadeiro condomínio legislativo em que as normas e princípios gerais são estabelecidos pela União e especificados pelas unidades federativas. O campo da legislação concorrente estabelece um ordenamento jurídico misto, elaborado simultaneamente pela União, pelos estados e pelos municípios, o que, em situações de crise, tende a tensionar o tecido democrático.

Os normativos editados em matéria de serviços públicos trazem, contudo, uma excelente oportunidade para se pensar não apenas sobre a eficiência dos modelos que mitigam o regime jurídico de direito público, mas especialmente a forma como esses normativos podem ser construídos como modelos consensuais, isto é: que sejam inclusivos em relação a diversos interesses e que renovem pactos entre o poder público e a sociedade, com foco na essencialidade e na utilidade da prestação dos serviços para o cidadão. São fórmulas, como visto, que evitam o esgarçamento desse tecido democrático em meio à necessidade de decisões rápidas e sem exaustiva interlocução com outros centros de interesse.

O que não se apresenta compatível nem com o quadro de crise sanitária nem com a experiência nacional com os serviços públicos essenciais é que se tenha a sobreposição de regimes jurídicos dissociados da sua utilidade para o usuário como um mero instrumento oco, usado para reforço da autoridade do Estado e como justificativa da intervenção

meramente formal da Administração Pública na prestação de utilidades ao cidadão. Ainda menos compatível com o quadro é que os esforços regulatórios para tratamento desses serviços essenciais sejam dirigidos aos fornecedores e prestadores, e não aos consumidores-usuários.

O contexto da pandemia para um Estado, que arca com inúmeras obrigações prestacionais e que assume a titularidade dos mais variados serviços de interesse público, agudiza suas deficiências e estressa sua capacidade de atendimento. Contar com espaço de manobra para poder ajustar a prestação de serviços públicos ao novo estado de coisas do mundo pós-pandemia — ainda que com a mitigação de interesses individuais, mas com a formação de consensos, transparência e impessoalidade — é fundamental para que a Administração Pública possa ultrapassar a crise sanitária cumprindo seu papel, que é o de entregar serviços úteis aos cidadãos e não o de se fortificar por trás de regimes autoritários. A liberdade sempre caça seu jeito.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BIG data nas operações emergenciais na crise. [S. l.: s. n.], 2020. 1 vídeo (83 min). Publicado pelo canal Insper. Disponível em: https://bit.ly/2FH1Pkl. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Serviços essenciais: Covid-19. *Portal da Legislação,* Brasília, DF, 2020. Disponível em: https://bit.ly/3hL46b0. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 6341. Relator: Min. Marco Aurélio Mello, 15 de abril de 2020. Brasília, DF: STF, 2020.

CASSESE, Sabino. *A crise do Estado*. Tradução Ilse Paschoal Moreira, Fernanda Landucci Ortale. Campinas: Saberes, 2010.

CASSESE, Sabino. *La globalización jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2006.

CASSESE, Sabino. *Territori e potere:* un nuovo ruolo per gli Stati? Bologna: Il Mulino, 2016.

COSTA, José Rubens. Transportes públicos. *In:* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Direito administrativo:* serviços públicos e poder de polícia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 5, p. 1061-1082.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*. *Código de Defesa do Consumidor:* comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

JÈZE, Gaston. *Princípios generales del derecho administrativo*. 2. ed. Tradução Carlos García Oviedo. Madrid: Reus, 1928. t. 2. Disponível em: https://bit.ly/3iF589U. Acesso em: 21 out. 2012.

LIJPHART, Arend. *Patterns of democracy:* government forms & performance in thirty-six countries. New Haven: Yale University Press, 1999. p. 185-199.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CUNHA, Carlos Eduardo Bergamini. O equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos de concessão rodoviária e o caso dos riscos inseguráveis. *In:* COUTINHO,

Diogo R.; VEIGA DA ROCHA, Jean-Paul; SCHAPIRO, Mario G. (coord.). *Direito econômico atual*. São Paulo: Método, 2015. p. 19-40.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Aspecto Jurídico-Administrativo da Concessão de Serviço Público. *Revista de Direito Administrativo*: seleção histórica, Rio de Janeiro, v. 34, p. 34-48, 1953.

NERY, Ana Rita de Figueiredo. Serviço público: o que é e para que serve? *Revista da Escola Paulista da Magistratura,* São Paulo, v. 12, n. 1, p. 7-20, 2012.

PETERS, Brainard Guy. *La política de la burocracia*. Tradução Eduardo L. Duárez Galindo. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

TILLIT, Paul. Un monopole musical sous l'Ancien Régime: le privilège de l'opéra de 1669 à la Révolution. *In:* TOUZEIL-DIVINA, Mathieu; KOUBI, Geneviève. *Droit & opera*. Paris: LGDJ, 2008. p. 3-24.

WEBINAR: impacto da Covid-19 nos serviços públicos essenciais. [S. l.: s. n.], 2020. 1 vídeo (93 min). Publicado pelo canal FGV. Disponível em: https://bit.ly/35W3lK0. Acesso em: 20 jun. 2020.

V
Da tutela processual e administrativa: o desafio de uma proteção efetiva em um contexto de incertezas

A tutela liminar nas ações individuais relativas a lides de consumo em tempos de pandemia da Covid-19

Patricia Miranda Pizzol[1]
Advogada

Gilson Delgado Miranda[2]
Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

---

[1] Livre docente, doutora e mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora dos cursos de Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado da mesma instituição. Palestrante em diversas instituições. Autora de artigos e livros.

[2] Doutor e mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor dos cursos de Graduação, Especialização e Mestrado da mesma instituição. Professor do Curso de Especialização da Escola Paulista da Magistratura — EPM. Autor de artigos e livros.

1. A pandemia da Covid-19 e as possíveis soluções para os conflitos dela decorrentes

A pandemia da Covid-19 produziu e continua produzindo uma série de lesões e ameaças de lesão a direitos fundamentais, comprometendo a vida digna garantida constitucionalmente. Podemos dar alguns exemplos: direito à saúde (falta de testes, subnotificação de casos, falta de leitos e respiradores mecânicos, falta ou deficiência de informação), direito à saúde do trabalhador (falta de desinfecção dos espaços, equipamentos e logradouros públicos, falta de máscaras, luvas e outros equipamentos de proteção individuais e coletivos), direito à educação (falta de estrutura e metodologia para as aulas remotas), direito à moradia (locatários e mutuários do sistema financeiro de habitação que não conseguem manter seus contratos), direito ao crédito (negativação de devedores em razão do inadimplemento, suspensão de débitos de empréstimos consignados para aposentados) e outros.

O momento é delicado, estamos vivendo uma situação inimaginável, e todos devemos agir com equilíbrio, sob pena de haver uma judicialização em massa, com resultado incerto e demorado. É imprescindível que haja transparência, bom senso, razoabilidade, boa-fé, para que os negócios jurídicos sejam conservados e não haja enriquecimento sem causa.

Desse modo, é preciso refletir sobre as possíveis soluções para os problemas decorrentes da pandemia da Covid-19.

A *solução* que parece ser a mais adequada, num primeiro momento, é a *extraprocessual*, adotada pelos Poderes Legislativo e Executivo. Pensamos em uma solução com medidas estruturantes que auxiliarão o sistema de saúde também após a pandemia, que seja o resultado da ação coordenada e colaborativa dos Poderes Executivo e Legislativo e da sociedade civil organizada, que pode ser representada pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, por associações civis, com a possibilidade de participação de pessoas e entidades especializadas.[3]

[3] Registre-se que, de acordo com o disposto na LINDB acerca da atuação dos administradores públicos (artigos 20 e seguintes), as suas decisões devem ser motivadas e a motivação deve abranger valores jurídicos abstratos, além das consequências práticas das decisões tomadas.

Não sendo tal solução possível ou sendo ela manifestamente errônea, inadequada ou insuficiente (até mesmo pela falta de espírito de cooperação e colaboração), podem o Ministério Público e os demais órgãos públicos legitimados à propositura das ações coletivas buscar uma outra *solução extraprocessual – o compromisso de ajustamento de conduta* (artigo 5º, § 6º, da LACP). Também nesse caso deve haver um amplo debate, com observância ao contraditório e à publicidade para que a solução adotada seja de qualidade, adequada, útil, tempestiva, viável.

Entendemos que a judicialização do conflito deve ser evitada, especialmente em situações extremas de crise e pressão. Entretanto, não havendo uma solução administrativa adequada e não sendo alcançada a solução consensual por aqueles que têm legitimidade para buscá-la, não resta outra opção senão o *acesso ao Poder Judiciário*. Nesse caso, o ideal é que haja uma *demanda coletiva* e não várias demandas individuais, pois a ação coletiva pode propiciar isonomia, segurança jurídica, otimização do trabalho, acesso efetivo à justiça. Como já afirmado, muitos são os direitos fundamentais violados e ameaçados de violação em razão da pandemia, como saúde, moradia, educação, urbanismo, trabalho etc.

O processo estrutural, embora ainda não muito bem desenhado e delimitado no ordenamento jurídico brasileiro, pode ser entendido como um ambiente propício à solução dos conflitos que envolvem políticas públicas e situações de interesse público. Ainda que não se fale em processo estrutural ou medidas estruturantes, de todo modo, no processo coletivo, admite-se a participação da sociedade, pode-se buscar uma solução construída de modo democrático e legítimo. O processo estrutural vem sendo apontado pela doutrina como o modelo mais adequado à tutela dos direitos coletivos, especialmente nos casos de ações propostas em face do Poder Público para a concretização de direitos fundamentais, a implementação ou a correção de políticas públicas.[4]

[4] Ver Projeto de lei 8058/2014 (institui processo especial para controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário – PIZZOL, Patricia Miranda. Tutela coletiva: processo coletivo e técnicas de padronização das decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. nota 93). Pode-se afirmar que, com o processo estrutural, "viabiliza-se que o julgador construa, em cooperação com a coletividade e com a Fazenda Pública, a solução de maior racionalidade prática. Trata-se, portanto,

Pode-se afirmar que o CPC/2015 contribuiu para a evolução do direito processual e também para a utilização das chamadas medidas estruturais — adoção expressa do modelo constitucional de processo; interpretação das normas processuais à luz dos princípios constitucionais; função social do processo; deveres de boa-fé e cooperação dos sujeitos do processo (arts. 5º e 6º); prestígio à instrumentalidade (art. 139, IX); planejamento processual (negócio jurídico processual e calendário – arts. 190 e 191); esclarecimento sobre fatos e provas (art. 357); interpretação do pedido conforme o conjunto da postulação (art. 322, par. 2º); cumulação de pedidos pelo procedimento comum sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais (art. 327, par. 2º); estímulo à autocomposição (arts. 3º, 139, V).

O processo estrutural ganha relevo diante da insuficiência do processo bipolarizado (partes antagônicas), da lógica individualista do processo tradicional. Ele permite uma alteração para o futuro de determinada prática ou instituição.

O processo estrutural exige uma amplitude maior que a lógica bipolar dos processos, exige a participação da sociedade e a ampliação da cognição para que o juiz tome contato com todo o problema sob suas várias perspectivas; a relação processual deve se desenvolver de maneira plúrima, multifacetária e não necessariamente na base do antagonismo entre polos.

---

de um dever que, inobstante reconheça à decisão judicial sua imperatividade como manifestação do Poder Estatal, destaca a importância de que ela se legitime também por sua força persuasiva" (VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário:* fundamentos processuais. Salvador: JusPODIVM, 2013. p. 268-269). Ainda, "a decisão estrutural (*structural injunction*) é, pois, aquela que busca implantar uma reforma estrutural (*structural reform*) em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos. Por isso, o processo em que ela se constrói é chamado de processo estrutural. Parte-se da premissa de que a ameaça ou a lesão que as organizações burocráticas representam para a efetividade das normas constitucionais não pode ser eliminada sem que tais organizações sejam reconstruídas". (DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *Civil Procedure Review,* v. 8, n. 1, p. 46-64, jan.-apr. 2017. Disponível em: https://bit.ly/2ZjLNTU. Acesso em: 13 out. 2018. Explicam os autores que processo complexo, no texto, significa aquele que envolve diversas pessoas ou segmentos sociais que "não compõem uma comunidade, não têm a mesma perspectiva social e não serão atingidas, na mesma medida, pelo resultado do litígio, o que faz com que suas visões acerca de seu resultado desejável sejam divergentes e, não raramente, antagônicas". (LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. *In:* ZANETI JUNIOR, Hermes (Coord.). *Repercussões do novo CPC:* processo coletivo. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 97-98).

São instrumentos do processo estrutural, em síntese: diálogo produtivo e cooperação dos sujeitos do processo na busca de uma solução consensual; participação da sociedade (especialistas e grupos atingidos) com audiências públicas e intervenção do *amicus curiae*; fiscalização com a possibilidade de oposição à solução adotada pelos grupos atingidos; adaptações procedimentais; aparelhamento do Judiciário; mudança de mentalidade dos gestores públicos.

Em último caso, são possíveis as *soluções individuais extraprocessuais ou processuais*. Assim, na hipótese de não haver uma solução coletiva ou individual consensual, sendo propostas várias ações individuais, as técnicas de padronização das decisões (incidente de resolução de demandas repetitivas, recursos repetitivos, incidente de assunção de competência) podem ser utilizadas.

Nesse sentido, tais técnicas podem se mostrar úteis por também gerar previsibilidade, isonomia, segurança, otimização. São também formas de solução dos conflitos transindividuais, embora não democráticas como o processo coletivo, também úteis em termos de uniformização da jurisprudência para que não haja a chamada "loteria judiciária", que fere a isonomia e a duração razoável do processo.

2. A importância da tutela de urgência em tempos de pandemia

Em tempos de pandemia, as medidas urgentes são fundamentais para a tutela efetiva e adequada dos direitos fundamentais. A tutela de urgência permite que, diante do perigo de dano irreparável, de difícil ou impossível reparação, a prestação jurisdicional seja precipitada no tempo.

Agilizar a prestação jurisdicional, buscando sistemas processuais que representem uma tutela jurisdicional diferenciada,[5] é fundamental, tendo em vista que o "tempo é um inimigo do direito, contra

[5] SALVADOR, Antônio Raphael da Silva. *Da ação monitória e da tutela jurisdicional antecipada*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 49.

o qual o juiz deve travar uma guerra sem tréguas".[6] Não pode ser diferente:

> a decisão proferida dentro de um sistema, mais célere, em que se prescinda de audiência, sem lesão às partes, corresponde à ambição generalizada de uma Justiça mais célere. A demora dos processos é um mal universal [...] Ao lado da desejável aspiração geral à celeridade da Justiça, tornou-se muito mais aguda a necessidade de tutelas de urgência, em nossa civilização (industrializada e de massa, com autêntica multiplicação de situações de emergência), pelos multiformes danos que podem ocorrer [...].[7]

É certo que o processo demanda tempo. O tempo no processo é um mal necessário. Não há como o juiz proferir uma sentença adequada imediatamente. Isso porque todas as garantias constitucionais devem ser observadas, dando-se cumprimento ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa, igualdade das partes etc. Por vezes, o autor não tem a possibilidade de aguardar o trâmite normal do processo e, por isso, a tutela provisória se mostra indispensável à utilidade da prestação jurisdicional. Trata-se, portanto, de uma tutela diferenciada.[8]

---

[6] CARNELLUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile,* Padova: Cedam, 1936 *apud* DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, São Paulo, 1995. p. 138.

[7] ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Tutela antecipatória (algumas noções – contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas). *In:* TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 83-85.

[8] Atuais as palavras de José Roberto dos Santos Bedaque: "Aliás a preocupação com o tempo do processo, e com a possibilidade de a demora gerar dano a direito passível de proteção, constitui apenas um dos aspectos inerentes à efetividade da tutela jurisdicional, tema central do processo civil moderno. Tentar eliminar o dano emergente da demora normal do processo é o grande desafio lançado ao processualista. A ele cabe formular mecanismos destinados a possibilitar que o processo alcance seus escopos institucionais e não se transforme em nova fonte de insatisfações. A duração do processo cognitivo ou executivo, muitas vezes exagerada e inexplicável, representa obstáculo sério à plena satisfação do direito. Aqui nos deparamos com circunstâncias inerentes ao próprio sistema processual, às vezes ligadas a deficiências desse mesmo sistema, que acabam por constituir obstáculos à efetividade da tutela jurisdicional. É preciso buscar meios para afastá-los". (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada:* tutelas sumárias e de urgência. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 21).

É importante lembrar que as partes têm direito ao devido processo legal, com todos os seus consectários lógicos, entre os quais se inclui a garantia de razoável duração do processo com todos os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII, da CF).

Sem dúvida, o acesso à justiça não enquadra apenas a ideia de se garantir a inafastabilidade do controle jurisdicional a partir da provocação. Pode-se dizer, em outras palavras, que o acesso à justiça, no ideal da CF e no cumprimento do mister do Poder Judiciário, pressupõe tempestividade, adequação e efetividade.

Por tais motivos, é corrente a afirmação de que a tutela de urgência encontra fundamento no art. 5º, XXXV e LXXVIII, da CF (princípios da inafastabilidade do controle jurisdicional e da duração razoável do processo).[9] Conforme o disposto no art. 5º, XXXV, da CF, nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser subtraída da apreciação do Judiciário, sendo assegurado a todos a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (inciso LXXVIII).

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional assegura a todos o direito de acionar o Poder Judiciário, para pedir o afastamento de uma ameaça (evitar a lesão a determinado bem da vida, tutelado pela ordem jurídica), a aplicação do direito ao caso concreto (processo de conhecimento) ou a realização dele na prática (processo de execução).

---

[9] "Uma coisa, porém, é a *tutela* e outra a *técnica* de que se serve o Poder Judiciário para realizar, nas diversas situações litigiosas, a *tutela* adequada [...]. Mas há situações concretas em que a duração do processo e a espera da composição do conflito geram prejuízos ou risco de prejuízos para uma das partes, os quais podem assumir proporções sérias, comprometendo a efetividade da tutela a cargo da Justiça. O ônus do tempo, às vezes, recai precisamente sobre aquele que se apresenta, perante o juízo, como quem se acha na condição de vantagem que afinal virá a merecer a tutela jurisdicional. Estabelece-se, em quadras como esta, uma situação injusta, em que a demora do processo reverte-se em vantagem para o litigante que, no enfoque atual, não é merecedor da tutela jurisdicional. Criam-se, então, *técnicas de sumarização,* para que o custo da duração do processo seja melhor distribuído, e não mais continue a recair sobre quem aparenta, no momento, ser o merecedor da tutela da Justiça. Fala-se, então, em *tutelas diferenciadas,* comparativamente às tutelas comuns. Enquanto estas, em seus diferentes feitios, caracterizam-se sempre pela definitividade da solução dada ao conflito jurídico, as diferenciadas apresentam-se, invariavelmente, como meios de *regulação provisória* da crise de direito em que se acham envolvidos os litigantes (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1, n. 636, p. 614).

A Constituição, certamente, garante o acesso à justiça, não apenas o acesso formal à justiça, mas o acesso efetivo à justiça ou o acesso à ordem jurídica justa. Aquele que sofre lesão ou ameaça a direito deve receber do Estado exatamente aquilo a que tem direito, em tempo hábil, ou seja, a prestação jurisdicional efetiva, célere e tempestiva.

Assim, pode-se dizer que a tutela de urgência se destina a tornar a prestação jurisdicional útil e, por conseguinte, coaduna-se muito bem com a preocupação atual com a solução dos conflitos decorrentes da pandemia da Covid-19.

Aquele que precisa receber um tratamento médico e não consegue obtê-lo pela via administrativa precisa recorrer ao Judiciário para buscar um provimento jurisdicional imediato. O estudante que não dispõe de recursos tecnológicos (computador, internet) e não pode perder o ano escolar, caso não obtenha da instituição de ensino ou do Estado o material necessário para a realização das atividades escolares no ambiente virtual, terá que se socorrer do Judiciário e buscar uma decisão imediata que solucione o seu problema. O locatário que não tem condições de pagar a integralidade do aluguel porque foi demitido ou porque tem um comércio que está fechado em razão da pandemia e não consegue negociar com o seu locador um desconto precisa buscar no Judiciário uma resposta que permita a manutenção do seu status quo durante alguns meses. O trabalhador que não consegue pagar todas as contas relacionadas a serviços essenciais como energia, água e gás precisa obter uma prestação jurisdicional que resolva, imediatamente, o seu problema.

São situações em que o jurisdicionado não pode aguardar todo o desenvolvimento do processo para que o seu direito seja tutelado, pois, ainda que o resultado do processo seja o mais adequado e justo, após o cumprimento do devido processo legal, não será suficiente para garantir a dignidade sua e de sua família.

3. A tutela de urgência no CPC: requisitos

A tutela de urgência, espécie do gênero tutela provisória (que abrange também a tutela da evidência), consiste em tutela baseada em cognição não exauriente (em juízo de probabilidade e não de certeza)

e, portanto, não definitiva, que pode ser requerida em caráter antecedente ou incidental.[10]

São requisitos para a concessão da tutela de urgência: a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (art. 300, *caput*, do CPC),[11] além do requisito negativo, que é a reversibilidade (art. 300, §3º, do CPC). Pode o juiz exigir caução real ou fidejussória, a qual será dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la (art. 300, §1º, do CPC).

O CPC/2015 unificou os requisitos para a concessão da tutela de urgência (tutela antecipada e tutela cautelar), diferentemente do que fazia o código revogado.

Segundo Daniel Mitidiero:

> A probabilidade que autoriza o emprego da técnica antecipatória para a tutela dos direitos é a probabilidade lógica – que é aquela que surge da confrontação das alegações e das provas com os elementos disponíveis nos autos, sendo provável a hipótese que encontra maior grau de confirmação e menor grau de refutação nesses elementos. O juiz tem que se convencer de que o direito é provável para conceder "tutela provisória".[12]

---

[10] Sobre o tema da tutela provisória no CPC, ver, entre outros, CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015. p. 157; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 17. ed. São Paulo: RT, 2018. p. 995-1007; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coord.). *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2015, p. 487-525; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 406-424; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Código de Processo Civil anotado. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 367-395; BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 1, p. 673-740.

[11] Ou somente *perigo de ilícito* no caso das tutelas específicas (parágrafo único do art. 497 do CPC). Vale ressalvar, porém, sobre a correta incidência do art. 300 do CPC, a necessidade de conjugá-lo com o parágrafo único do art. 497 do CPC. Explica-se: em se tratando de tutela específica (obrigações de dar, fazer e não fazer), a tutela provisória poderá ser concedida ainda que não exista o perigo de dano. E por quê? Porque, em algumas situações, especialmente na hipótese de tutela inibitória, a concessão da tutela independe da existência do dano. Aqui, fala-se em perigo de ilícito apenas. Está assim vazado o parágrafo único do art. 497 do CPC: "Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, *é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano* ou da existência de culpa ou dolo".

[12] MITIDIERO, Daniel. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al*. (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 782.

Quanto ao requisito do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, trata-se do perigo da demora (*periculum in mora*), que é requisito geral das medidas de urgência. A finalidade da tutela de urgência é exatamente proteger o direito dos riscos inerentes à demora, ainda que justificável, na prestação jurisdicional, ou seja, agilizar a prestação jurisdicional, para torná-la mais útil e eficaz.[13]

Na vigência do CPC/73, havia uma diferença básica entre a tutela antecipada e a tutela cautelar. O art. 273 exigia (i) *prova inequívoca* apta a convencer o julgador acerca da verossimilhança da alegação e (ii) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Para a cautelar, porém, exigia-se apenas o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* (probabilidade do direito), ou seja, a prova inequívoca não era exigida. Hoje, como já afirmado, a cartilha da tutela de urgência é a mesma. A lei não exige mais prova inequívoca, como no passado. Seja para a tutela antecipada, seja para a tutela cautelar, o requerente, sem exceção, deve cumprir o arquétipo do art. 300 do CPC: probabilidade do direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Mais nada![14]

Em síntese:

> os requisitos, portanto, para alcançar-se uma providência de urgência de natureza cautelar ou satisfativa são, basicamente, dois: (a) "um dano potencial"', um risco que corre o processo de não ser útil ao interesse demonstrado pela parte, em razão do "*periculum in mora*", risco esse que deve ser objetivamente apurável. (b) "A probabilidade do direito substancial" invocado por quem pretenda segurança, ou seja, o "*fumus boni iuris*".[15]

---

[13] SALVADOR, Antônio Raphael Silva. *Da ação monitória e da tutela antecipada*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 49.

[14] "Houve, na verdade, aproximação dos requisitos para a concessão das tutelas não definitivas, resumindo-se ao periculum in mora e ao fumus boni iuris, o que convergiu para o esvaziamento da discussão acadêmica em torno dos diferentes graus de cognição judicial, na tutela satisfativa e cautelar. Isso porque se falava que a cognição sumária realizada pelo juízo na concessão da tutela provisória satisfativa robusta se comparada à cognição realizada frente ao pedido de tutela provisória cautelar, sendo que, em relação a esse último, a doutrina costuma afirmar que a cognição era superficial e não sumária" (PAVONI, Mariana Melo de Carvalho. Tutela provisória: a técnica da antecipação a serviço da efetividade da jurisdição. In: BUENO, Cassio Scarpinella et al. Tutela provisória no novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 368).

[15] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1, n. 445, p. 631. Há quem defenda ser necessário sopesar a conjugação dos dois requisitos

Mais especificamente,

> a probabilidade que autoriza o emprego da técnica antecipatória para a tutela dos direitos é a probabilidade lógica – que é aquela que surge da confrontação das alegações e das provas com os elementos disponíveis nos autos, sendo provável a hipótese que encontra maior grau de confirmação e menor grau de refutação nesses elementos. O juiz tem que se "convencer" de que o direito é provável para conceder "tutela provisória",

ao passo que "é preciso ler as expressões 'perigo de dano' e 'risco ao resultado útil do processo' como alusões ao 'perigo na demora'.[16] Vale dizer: há urgência quando a 'demora' pode comprometer a realização imediata ou futura do direito".

Além dos requisitos positivos, a lei aponta um requisito negativo, para a tutela antecipada, que é o perigo de irreversibilidade[17] dos efeitos da decisão (art. 300, §3º, do CPC). O requisito se aplica a qualquer tutela de urgência e não deve ser considerado um obstáculo

---

exigidos no art. 300 do CPC. Em síntese, defende-se a aplicação da "regra da gangorra". O que importa mesmo para a concessão da medida é a própria urgência. A depender da intensidade do *periculum in mora,* a plausibilidade do direito fica em segundo plano. De fato, "o que queremos dizer, como 'regra da gangorra', é que quanto maior o periculum demonstrado, menos *fumus* se exige da tutela pretendida, pois a menos que se anteveja a completa inconsistência do direito alegado, o que importa para a sua concessão é a própria urgência, ou seja, a necessidade considerada em confronto com o perigo de demora na prestação jurisdicional. O juízo de plausibilidade ou de probabilidade — que envolvem dose significativa de subjetividade — ficam, a nosso ver, num segundo plano, dependendo do *periculum* evidenciado. Mesmo em situações que o magistrado não vislumbre uma maior probabilidade do direito invocado, dependendo do bem em jogo e da urgência demonstrada (princípio da proporcionalidade), deverá ser deferida a tutela de urgência, mesmo satisfativa" (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al. Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil artigo por artigo.* São Paulo: RT, 2015. p. 498-499.

[16] ('pericolo di tardività', na clássica expressão de Calamandrei, 'Introduzione allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari cit.). MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. *In:* WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 782-783.

[17] Perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão e não do provimento como estava no § 2º do art. 273 do CPC/73. A nova regra acertou um erro do CPC anterior. Com efeito, o provimento, enquanto decisão provisória, não será irreversível. O que pode ser realmente irreversível são os efeitos. Trata-se de uma irreversibilidade fática. O provimento é sempre revogável.

intransponível à concessão da medida, tendo em vista a possibilidade de reparação dos danos causados ao requerido, no caso de revogação ou modificação da decisão concessiva do provimento antecipatório.[18] A rigor, o pressuposto consiste no chamado "perigo inverso",[19] isto é, diz respeito à necessidade de sopesamento dos valores em jogo — perigo para o autor na hipótese de indeferimento da medida e perigo para o réu na hipótese de deferimento.[20]

Vale observar, também, que, para a concessão de medida urgente, pode o juiz exigir que seja prestada caução, conforme art. 300, §1º, do CPC. Trata-se de mera faculdade. Cumprirá ao juiz verificar, no caso concreto, se ela se mostra necessária ou não.[21] Envolve ato da discrição do juiz, se recomendável, podendo ocorrer, inclusive, após a concessão da liminar.[22] Em síntese, a caução pode ser exigida com a finalidade de proteger o requerido diante do risco de que ele sofra lesão em

[18] Enunciado n. 40 da I JDPC: "A irreversibilidade dos efeitos da tutela de urgência não impede sua concessão, em se tratando de direito provável, cuja lesão seja irreversível".

[19] Adequada e oportuna a anotação que fez Humberto Theodoro Junior a respeito da regra expressa do CPC português: "O Código de Processo Civil português contém regra expressa sobre o tema a qual prevê a recusa da medida cautelar pelo tribunal 'quando o prejuízo dela resultante para o requerido exceda consideravelmente o dano que com ela o requerente pretende evitar' (art. 368º, nº 2)" (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1, n. 449, p. 634).

[20] Certamente, "o motivo para justificar essa postura normativa funda-se na natureza provisória da tutela de urgência, que exige sempre a possibilidade de retorno ao *status quo*, caso a solução definitiva do litígio se dê de maneira contrária àquela imaginada ao tempo da providência acauteladora primitiva. Há, porém, um outro fenômeno, no campo de *periculum in mora*, que a ordem jurídica também não aceita. Trata-se daquilo que a teoria da tutela de urgência denomina *perigo de dano inverso* (ou reverso), evento que se aproxima da irreversibilidade, mas que com esta não se confunde. Tanto aquele como esta são empecilho à obtenção de medidas de urgência, mas por motivos diversos. Ocorre o *periculum in mora* inverso, quando o deferimento da medida de urgência, ao afastar o perigo de dano irreparável enfrentado pelo requerente, acaba por impor ao requerido que suporte risco igual ou maior, como consequência imediata da própria providência emergencial decretada. A função da tutela cautelar ou antecipatória é eliminar, durante a demora do processo, o perigo de dano, seja em defesa do autor como do réu. Quando a medida provisória afasta o perigo para o requerente mas o mantém para o requerido, forçoso é reconhecer que o *periculum in mora* não foi eliminado do processo. Apenas se alterou o sujeito processual a ele submetido" (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1, n. 449, p. 634).

[21] MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 307. Lembra: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O caráter facultativo da contracautela*. 18. ed. São Paulo: Leud, 1999. p. 141.

[22] RT 666/177 e RF 312/97; cf. NEGRÃO, Theotonio *et al*. *Novo Código de Processo Civil*. Ed. Especial. São Paulo: Saraiva Jur, 2017. p. 343.

decorrência da efetivação da medida,[23] pois o provimento que concede a tutela de urgência é provisório e o autor responde, em regra, objetivamente, pelos danos causados à parte contrária caso ele seja revogado (arts. 297, parágrafo único, 296, 302, CPC);[24] não há necessidade de outra ação para receber a importância relativa aos danos sofridos, podendo o valor ser fixado no próprio processo.

O provimento que concede ou nega a tutela de urgência, como já afirmado, tem natureza de decisão interlocutória (art. 203, §2º, do CPC), devendo ser devidamente motivado, nos termos dos arts. 93, IX, da CF e 489, §1º, do CPC. A exigência de motivação abrange a decisão que concede, nega, revoga ou modifica a medida (art. 298 do CPC). Além dos embargos de declaração, pode ensejar recurso de agravo de instrumento (concedida a tutela antecipada, pode o recorrente pedir que seja dado efeito suspensivo ao agravo; negada, cabe pedido de tutela antecipada em sede recursal, conforme arts. 1.015, I, 1.019 e 995 do CPC)[25] e recurso aos tribunais superiores, podendo o recorrente pleitear a atribuição de efeito suspensivo ou ativo, conforme a hipótese.[26] Se a tutela antecipada for concedida na sentença, o recurso será o de apelação, que, no caso, não terá efeito suspensivo (arts. 1.009, §3º e 1.012, §1º, V, do CPC).

Ressalte-se que o juiz pode adotar todas as medidas que considerar adequadas (poder geral de cautela) para a efetivação da tutela

---

[23] LARA, Betina Rizzato. *Liminares no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 110-111.

[24] Certamente, nas palavras de Daniel Penteado de Castro, "o mais correto ao se pensar na exigibilidade de caução é a constatação de eventual *periculum in mora* reverso. Por sinal, essa circunstância também atua como forma de neutralizar a irreversibilidade que impede a concessão da tutela provisória (CPC de 1973, art. 273, § 2º; CPC de 2015, art. 300, § 3º), de sorte que a prestação de caução seja suficiente para proporcionar a restituição ao status quo ante à respectiva concessão. Portanto, é na conjugação destes três postulados (*periculum in mora, fumus boni iuris e periculum in mora* reverso) que emerge a necessidade ou não de prestação de caução como medida apta a antecipar a tutela provisória e, por sua vez, assegurar que, na hipótese de sua revogação, a reparação dos danos suportados por aquele que cumpre a medida se dará com brevidade" (CASTRO, Daniel Penteado de. *Responsabilidade pela fruição da tutela provisória. In:* BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *et al. Tutela provisória no novo CPC*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 138-139).

[25] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 17. ed. São Paulo: RT, 2018. p. 2.360; ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 9. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 623; ASSIS, Araken. *Manual dos recursos*. 9. ed. São Paulo: RT, 2017. p. 862-868.

[26] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 17. ed. São Paulo: RT, 2018. p. 2066, 2253 e 2425.

provisória (arts. 297, 139, IV, 536 do CPC),[27] sendo aplicáveis as normas referentes ao cumprimento provisório, no que couber (arts. 520, 521 do CPC). Pode impor, a requerimento ou *ex officio*, para qualquer tipo de prestação (inclusive de pagar quantia) as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias (substitutivas da conduta do devedor) que se mostrarem adequadas e eficazes, como a multa (*astreintes*), as medidas de busca e apreensão, impedimento de atividade nociva, intervenção na empresa (art. 102 da Lei 12.259/2011) ou qualquer outra que seja adequada ao cumprimento da decisão (art. 139, IV, do CPC). No caso de obrigação de fazer, não fazer ou entrega de coisa, as medidas empregadas podem permitir a obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente (artigo 297, parágrafo único, CPC).

4. A tutela de urgência no CDC

O microssistema das relações de consumo não possui regras genéricas sobre a tutela de urgência. Apenas o artigo 84 do CDC, que é muito semelhante ao artigo 461 do CPC de 1973, ao tratar da tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer, prevê, no seu §3º, como

---

[27] O art. 297 do CPC trata exatamente do poder geral de cautela. Realmente, "deixando ao critério do juiz a determinação das medidas práticas cabíveis no âmbito do poder geral de prevenção, a lei, na realidade, investe o magistrado de um poder discricionário de amplíssimas dimensões. Apreciando o tema, observa Galeno Lacerda que 'no exercício desse imenso e indeterminado poder de ordenar as 'medidas provisórias que julgar adequadas' para evitar o dano à parte, provocado ou ameaçado pelo adversário, a discrição do juiz assume proporções quase absolutas. Estamos em presença de autêntica norma em branco, que confere ao magistrado, dentro do estado de direito, um poder puro, idêntico ao do pretor romano, quando, no exercício do *imperium*, decretava os *interdicta*'. Entretanto, impõe-se reconhecer, desde logo, que discricionariedade não é o mesmo que arbitrariedade, mas apenas possibilidade de escolha ou opção dentro dos limites traçados pela lei. Na verdade, a outorga de um poder discricional resulta de um ato de confiança do legislador no juiz, não, porém, num *bill* para desvencilhá-los dos princípios e parâmetros que serviram de fundamento à própria outorga. Assim, o novo Código, em seus arts. 297 e 301, ao instituir o poder geral de prevenção, já o destinou apenas aos casos em que alguma medida provisória for *necessária* para coibir risco de injustiça ou de lesão, que ameace o direito de uma das partes, antes do julgamento de mérito ou da solução do processo, comprometendo a efetividade da tutela jurisdicional. Vê-se, pois, que, ao mesmo tempo em que o poder discricionário foi criado, recebeu também destinação e condicionamentos que o limitam estritamente dentro da função tutelar de urgência e de seus pressupostos tradicionais" (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1, n. 461, p. 648).

requisitos para a tutela específica, fundamento relevante e receio de ineficácia do provimento final.

O CPC de 1973 utilizava diferentes expressões para designar os requisitos da tutela antecipada (art. 273 — prova inequívoca que convença da verossimilhança da alegação), da tutela cautelar (art. 798 — fundado receio de lesão grave e de difícil reparação – *fumus boni iuris* e *periculum in mora*) e da tutela específica antecipada (art. 461, §3º — fundamento relevante e receio de ineficácia do provimento final). Em razão disso, na vigência do código revogado, a doutrina interpretava os referidos dispositivos atribuindo às expressões diferentes significados. Prova inequívoca era interpretada como prova firme, robusta,[28] segura,[29] suficiente,[30] para convencer o juiz, naquele momento, de que provavelmente o pedido seria ao final acolhido. A prova inequívoca deveria fornecer ao juiz elementos para motivar sua decisão. Se o juiz tivesse que proferir sentença naquele momento, com base nos elementos presentes nos autos, ele decidiria a favor do autor.

Afirmava Nelson Nery Junior,[31] com relação à melhor interpretação para as expressões prova inequívoca e verossimilhança:

> Para conciliar as expressões "prova inequívoca" e "verossimilhança", aparentemente contraditórias, exigidas como requisitos para antecipação da tutela de mérito, é preciso encontrar um ponto de equilíbrio entre elas, o que se consegue com o conceito de probabilidade, mais forte do que verossimilhança mas não tão peremptório quanto o de

---

[28] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 143

[29] Nesse sentido: FERES, Carlos Roberto. *Antecipação da tutela jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 55; LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 59.

[30] Segundo Marinoni, "a denominada 'prova inequívoca', capaz de convencer o juiz da 'verossimilhança da alegação', somente pode ser entendida como a 'prova suficiente' para o surgimento do verossímil, entendido como o não suficiente para a declaração da existência ou da inexistência do direito." (MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 155).

[31] NERY JUNIOR, Nelson. *Atualidades sobre o processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 53-54.

> prova inequívoca. É mais do que "fumus boni juris", requisito exigido para concessão de medidas cautelares no sistema processual civil brasileiro. Havendo dúvida quanto à probabilidade da existência do direito do autor, deve o juiz proceder à cognição sumária para que possa conceder a tutela antecipada. Essa prova inequívoca é do "fato título do pedido".

O fundamento relevante era entendido como *fumus boni iuris*. Vale mencionar a opinião de Teori Zavascki no sentido de que, para a concessão da tutela antecipada, seria necessário que o *fumus boni juris* estivesse qualificado: "A antecipação da tutela de mérito supõe 'verossimilhança' quanto ao fundamento de direito, que decorre de (relativa) certeza quanto à verdade dos fatos."[32] Ricardo Aronne também diferenciava prova inequívoca daquela capaz de gerar o chamado *fumus boni iuris*, entendendo ser aquela mais robusta que esta:

> prova inequívoca é aquela que tem poder de amparar a motivação de uma decisão, não de forma a dar certeza ao julgador, sobre os fatos (o que mesmo somente viria a ter quando da sentença, e que muitas vezes não chega a ter, nem mesmo em tal momento, apesar de dever conhecer a lide, consoante seu dever de prestar jurisdição e em face do ônus objetivo da prova), tampouco, também, uma prova que apenas lhe retire do estado de dúvida, para transpô-lo a um estado de opinião formada sobre um possível direito do postulante ("*fumus boni iuris*"), mas uma prova robusta (no sentido qualitativo desta) de modo a incutir um alto percentual de certeza, em um juízo de probabilidade (verossimilhança) na mente do julgador, de modo a amparar uma decisão que, necessariamente, versará sobre o mérito da demanda.[33]

[32] ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 76.

[33] ARONNE, Ricardo. *O princípio do livre convencimento do juiz*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996. p. 37-38.

Assim, em relação ao requisito do “fundamento relevante”, entendia-se que ele era diverso da “prova inequívoca que convença da verossimilhança da alegação”, sendo a lei mais rigorosa para a concessão da tutela antecipada do que para a tutela específica antecipada. Em outras palavras, seria mais fácil demonstrar o fundamento relevante do que a prova inequívoca. Assim, o requisito para a concessão da tutela específica antecipada seria mais brando e, portanto, semelhante ao necessário ao deferimento da medida cautelar.[34]

Como já afirmado, o CDC não disciplina a tutela de urgência de modo genérico, prevendo apenas a tutela específica antecipada, para as obrigações de fazer ou de não fazer. Prevê, ainda, no art. 83, que são admissíveis quaisquer ações que permitam a tutela efetiva e adequada dos direitos do consumidor. Combinando os dois dispositivos, na vigência do CPC de 1973, era possível afirmar que os requisitos da tutela antecipada nos processos relativos a lides de consumo seriam os do artigo 84, §3º, do CDC e não os do artigo 273 do CPC. Isso para qualquer tipo de pretensão (não apenas para as obrigações de fazer ou de não fazer). Logo, seria a lei menos rigorosa para a concessão de tutela antecipada no âmbito do direito do consumidor.

Aliás, em reforço à ideia da maior flexibilidade na concessão das medidas urgentes no âmbito das relações de consumo, é bom lembrar que a tutela de urgência se destaca como um meio apto a dar cumprimento aos direitos básicos do consumidor, de efetiva prevenção e reparação de danos, de acesso aos órgãos judiciários e, especialmente, de facilitação da defesa do consumidor em juízo (art. 6º, VI, VII, VIII, do CDC).

Em síntese, de acordo com o entendimento acima explicitado, a tutela antecipada poderia ser concedida em processo relativo a lide de consumo, qualquer que fosse o pedido formulado (não apenas para obrigação de fazer ou não fazer), desde que presentes os requisitos do art. 84, § 3º, do CDC — *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, não

---

[34] Ver PIZZOL, Patricia Miranda. A tutela antecipada nas ações coletivas como instrumento de acesso à justiça. *In:* NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; FUX, Luiz (Coord.). *Processo e Constituição:* estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

sendo necessária, portanto, a prova inequívoca que convencesse da verossimilhança.[35]

Com o advento do CPC de 2015, surge a questão — os requisitos para a concessão da tutela de urgência nos processos relativos a lides de consumo são os do artigo 84, §3º, do CDC ou os do art. 300 do CPC?

Considerando a unificação dos requisitos promovida pelo CPC de 2015 (com a adoção de requisitos mais próximos aos denominados *fumus boni iuris* e *periculum in mora*) e a insegurança que o CPC de 1973 gerava com a adoção de requisitos diversos para provimentos de urgência, bem como o fato de que, em última análise, todos os dispositivos do CPC revogado conduziam à necessidade de convencimento do julgador acerca da probabilidade (maior ou menor) do direito afirmado em juízo, ou a probabilidade de que o pedido fosse julgado procedente ao final, deve-se entender que a tutela de urgência, também no âmbito das lides de consumo, fica sujeita aos requisitos da probabilidade do direito e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (art. 300 do CPC).

De todo modo, adotando-se como premissa a vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, I, do CDC) e o direito do consumidor à facilitação de defesa dos seus direitos em juízo (art. 6º, VIII, do CDC), entendemos que o julgador, na aplicação do CPC aos processos relativos a lides de consumo, pode ser menos rigoroso no preenchimento dos conceitos indeterminados adotados pelo artigo 300 da lei processual. Isso porque, no preenchimento de tais conceitos e na motivação da sua decisão (art. 489, §1º, do CPC), deve o magistrado interpretar a lei à luz dos princípios que informam o microssistema de defesa do consumidor. Além disso, não pode o julgador deixar de considerar as circunstâncias do caso concreto, isto é, o fato de que o país enfrenta, no momento atual, a maior crise sanitária e social já vivida.

---

[35] Ressalte-se que a mesma discussão existia em relação aos requisitos para a tutela de urgência no processo coletivo. Ver PIZZOL, Patricia Miranda. Tutela coletiva: processo coletivo e instrumentos de padronização das decisões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 337-338. Concluímos, na referida obra, que “na vigência do CPC/2015, a distinção não é necessária, pois os requisitos para a tutela de urgência foram uniformizados”, aplicando-se ao processo coletivo o regramento do CPC, art. 300.

5. A tutela de urgência em tempos de pandemia, à luz da jurisprudência

Como não poderia ser diferente, inexistente acerto extrajudicial das partes em conflito,[36] o Poder Judiciário tem sido chamado a intervir nas relações privadas nesse momento excepcional.

Busca-se em Juízo bloquear provisoriamente os efeitos da pandemia em razão dos fatos imprevisíveis geradores da onerosidade excessiva. A base legal de direito material usada, em linhas gerais, está sedimentada nos artigos 317 e 478 do Código Civil e 6º, V, do CDC.

Há diversos exemplos que merecem atenção.

5.1. Direito à tutela antecipada para impedir a interrupção do fornecimento de energia por 90 dias e a anotação do nome da autora nos cadastros de inadimplentes

Realmente, nesse caso, o TJSP entendeu que estavam mesmo demonstrados os requisitos necessários ao deferimento da aludida medida:

> Com efeito, conforme se depreende da cópia do contrato social a fls. 16/71 dos autos principais, a autora desenvolve atividade empresarial na área de fornecimento de alimentação, a qual teve sua demanda fortemente impactada pela atual pandemia, além de ser considerada essencial, nos termos do art. 3º, § 1º, XLIV, do Decreto Federal nº

[36] "O dever de renegociar não é, como se vê, o dever de obter um certo resultado, mas sim um *dever de comportamento*. Desdobra-se em dois aspectos fundamentais: (a) para quem sofre o desequilíbrio, o dever de renegociar impõe informar prontamente o desequilíbrio contratual ao outro contratante, formulando um pleito de revisão do contrato; (b) para quem se beneficia do desequilíbrio, o dever de renegociar impõe analisar, com seriedade, o pleito eventualmente apresentado pelo outro contratante e respondê-lo, ainda que para negá-lo – o que, ao menos, indicará ao contratante que sofre a excessiva onerosidade qual o caminho a adotar" (SCHREIBER, Anderson. Dever de renegociar. *GEN Jurídico*, São Paulo, 16 jan. 2018. Disponível em: https://bit.ly/3i5D9zP. Acesso em: 6 set. 2020.).

> 10.282/2020. Desse modo, em análise perfunctória da controvérsia, *está demonstrada a verossimilhança das alegações, que consiste na probabilidade do direito alegado*. Além disso, a possibilidade de suspensão do fornecimento de energia e de inclusão do no nome da autora em cadastros de inadimplentes *evidencia, em sede de cognição sumária, o periculum in mora.* Tais medidas podem inviabilizar o desenvolvimento da atividade da autora, tanto por ser a energia imprescindível para o funcionamento de seu estabelecimento quanto pelo fato de a inscrição de seu nome em órgãos de proteção crédito dificultar de sobremaneira o acesso ao crédito.[37]

5.2 Direito à tutela antecipada para impedir a prática de qualquer ato de cobrança do débito não pago pela concessionária de energia elétrica

De fato,

> a concessão de tutela provisória de urgência de natureza antecipada *tem como requisitos a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 300, caput, do CPC),* além da inexistência de perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão (art. 300, § 3º, do CPC).

Trata-se de um juízo de probabilidade, não de certeza, razão pela qual a cognição é sumária. Devem estar presentes (i) a *verossimilhança fática* – há um considerável grau de plausibilidade em torno da narrativa dos fatos trazida pelo autor, independentemente da produção de prova; e (ii) a *plausibilidade jurídica* – verificação de que é

---

[37] (TJSP, Agravo de Instrumento n. 2102347-82.2020.8.26.0000, 22º Câmara de Direito Privado, j. 17-07-2020, rel. Des. Campos Mello).

provável a subsunção dos fatos narrados à norma invocada, conduzindo aos efeitos pretendidos. Além disso, deve-se verificar a *ausência do perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.* No caso, tais requisitos encontram-se presentes. Com efeito, são inegáveis os graves efeitos que a epidemia SARS-COV-2 tem causado à sociedade e à economia brasileiras, com a imposição de isolamento social, alteração nos hábitos de consumo e queda vertiginosa na produção e aquisição de bens e serviços. De fato, a manutenção do pagamento da demanda contratada, em oposição à efetivamente utilizada pela parte, ocasiona uma onerosidade excessiva no momento pandêmico, aparentemente autorizando a excepcional revisão do contrato firmado entre as partes, com base nos artigos 317 e 478 do Código Civil, a saber:

> Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.
> Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.[38]

5.3. Direito à tutela antecipada para suspender a cobrança do valor previsto em contrato de fornecimento de energia elétrica para que o consumidor pague apenas o que efetivamente consumiu

Com efeito,

[38] (TJSP, Agravo de Instrumento n. 2125303-92.2020.8.26.0000, 22º Câmara de Direito Privado, j. 16-07-2020, rel. Des. Edgard Rosa).

destaca-se que os elementos concretos presentes nos autos, nesta fase processual, *demonstram de forma suficiente o periculum in mora*, comportando manutenção a r. decisão de deferimento o pedido de antecipação de tutela, até porque a medida, quando na análise do mérito do processo principal, é reversível. Com efeito, tendo em vista a atual e excepcional conjuntura fático-econômica decorrente da pandemia de Covid-19, que foi objeto de ato normativo que suspendeu diversas atividades empresariais (Decreto Estadual nº 64.881/2020), tudo aliado *à probabilidade do direito alegado pela agravada*, a r. decisão recorrida deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. A desaceleração da economia é pública e notória e patente a possível redução da renda e do consumo em muitos setores. Nesse passo, a r. decisão ora vergastada, revela-se extremamente razoável e proporcional quanto à sua fundamentação, inexistindo razões para sua alteração, ao menos nesta sede de medida de urgência, que busca, em última análise, a preservação da atividade empresarial. De fato, há que se ver com bons olhos o esforço do empresário que, a despeito das dificuldades financeiras e operacionais enfrentadas para dar continuidade ao pleno emprego, ainda busca, mesmo que com parcelamento da dívida, quitar os débitos de energia de seu estabelecimento, garantindo que a empresa possa, tão logo seja permitido pelas autoridades, restabelecer suas atividades e acolher os empregados que dependem da sua atividade empresarial para a garantia de seus sustentos e de suas famílias. Note-se que a pretensão da agravada deverá ser oportunamente ponderada ante as eventuais alegações que farão parte dos debates no processo principal. O reequilíbrio do contrato precisa, para tanto, considerar a situação fática de ambos os contratantes, aplicando-se, o quanto possível e quando for permitido, a cláusula geral do dever de solidariedade, decorrente da positivada função social dos contratos. A essa lógica não escapam os contratos de fornecimento de energia, item essencial para a continuidade da atividade empresarial. Em virtude da excepcional

situação vivenciada, natural também se considerar, lado outro, que as questões contratuais deverão ser verificadas por uma ótica diferenciada, admitindo-se certa ponderação temporária e que possa promover, na medida do possível, um equilíbrio relativo entre interesses que são, por natureza, antagônicos. Por outro lado, não se pode ignorar a natureza precária da presente decisão, facilmente reversível no caso de improcedência ou procedência parcial (art. 296 e 302, CPC), com a possibilidade de ampla discussão sobre o tema, que obviamente não conta com jurisprudência sedimentada, daí a possibilidade de contraditório e ampla defesa com vistas a obter a melhor solução para a lide, sempre contando com a cooperação das partes, que se revelam leais e longevos parceiros comerciais. O perigo da demora decorre do demonstrado desacerto entre receitas e despesas, a redundar em inevitável inadimplência com efeito deletério em relação aos empregos gerados pela agravada, o que se busca evitar nesta sede com vistas à preservação da função social da empresa.[39]

5.4. Direito à tutela antecipada para impor desconto de 30% no preço das mensalidades vincendas enquanto perdurarem as aulas on-line em substituição às aulas presenciais

Não se pode desconsiderar que o sistema online imposto à aluna para integrar o formato de ensino que passou a ser fornecido pela escola na circunstância, onerou-a no aparelhamento e custos que não se sabe e nem está a aqui a ser detalhado, mas que está na vida das famílias, onde o trabalho remoto também exercido, impôs aos demais membros dos lares divisão de espaço, material e horário, sem dizer da necessidade de equipamentos

[39] (TJSP, Agravo de Instrumento n. 2121630-91.2020.8.26.0000, 35º Câmara de Direito Privado, j. 06-07-2020, rel. Des. Artur Marques).

individuais para tudo compatibilizar. E pelo lado da instituição de ensino, sem precisar descer a qualquer raciocínio de redução de quadros, que toda a estruturação funcional de prédio e pessoas, custos naturais de um funcionamento regular e manutenção não estão a ocorrer para a escola. Logo, com redução drástica e significativa de despesas. Então, vem a calhar à situação a teoria da imprevisão para a agravante reclamar a intervenção judicial para reduzir a prestação mensal de seu compromisso de estudo neste período emergencial que vige desde meados de março de 2020. Portanto, à vista destas considerações, reforma-se a r. decisão agravada, para que seja deferida a tutela provisória pleiteada para que seja concedido o desconto de 30% no preço das mensalidades vincendas, enquanto perdurarem as aulas online em substituição às aulas presenciais.[40]

5.5. Impor a distribuição de água a população de baixa renda em razão da pandemia

O cenário que se apresenta exige cautela. A norma processual tem como requisitos para a concessão da tutela de urgência a *comprovação de elementos de informação que conduzam à plausibilidade de suas alegações (fumus boni iuris), assim como o risco de dano irreparável ou de difícil reparação oriundo da demora na prestação jurisdicional (periculum in mora), além da reversibilidade dos efeitos da medida (artigo 300, § 3º, do CPC/15).* Ora, não cabe dúvida sobre a imprevisibilidade do fato nessa magnitude, bem como das consequências que vem provocando. A discussão posta envolve a distribuição de água à população, ou seja, serviço dos mais essenciais à higiene pessoal, sem considerar o consumo direto, restando inequívoco que a escassez no fornecimento influenciará de

[40] (TJSP, Agravo de Instrumento n. 2134831-53.2020.8.26.0000, 23ª Câmara de Direito Privado, j. 03-07-2020, rel. Des. Hélio Nogueira).

forma direta na disseminação do vírus. É fato notório a dificuldade experimentada pelos moradores de comunidades de baixa renda no enfrentamento da pandemia, uma vez que desguarnecidas dos equipamentos urbanos básicos à existência digna, anotado o aumento progressivo de casos de contaminação e vítimas fatais. A questão é de tamanha relevância que houve deferimento de liminar na Ação Civil Pública nº 5004662-32.2020.4.03.6100, em trâmite na 12ª Vara Cível Federal de São Paulo, movida pelo Instituto de Defesa do Consumidor IDECON contra as agências reguladoras responsáveis por serviços essenciais, "… determinando que se abstenham de suspender ou interromper o fornecimento de serviços essenciais de telefonia, água e gás, respectivamente, aos consumidores residenciais ao longo do período de emergência de saúde relativa ao Covid-19, e obrigação de fazer no sentido de restabelecer o fornecimento de energia elétrica para os consumidores residenciais que tiverem sofrido corte por inadimplência, sob pena de multa pecuniária a ser fixada por este juízo pelo descumprimento da ordem". Não se ignora o impacto econômico a ser suportado pelas concessionárias, contudo, diante dos valores ponderados, deverá prevalecer, na hipótese, a supremacia do direito à vida. Em outras palavras, diante da crise sanitária acarretada pela pandemia de coronavírus e a fim de preservar o direito à vida, bem como à existência digna, é preciso observar, ao menos temporariamente, a proporcionalidade dos interesses envolvidos, com ressalva de que há Projeto de Lei nº 703/2020 que tramita na Câmara dos Deputados do Estado de São Paulo, com vistas a estabelecer a impossibilidade de interrupção dos serviços essenciais, autorizando, ainda, que o Poder Executivo conceda incentivos fiscais às concessionárias durante a crise causada pela pandemia. Por outro lado, a determinação de fornecimento de água limita-se aos locais em que presentes a rede de distribuição, pelo que não colhe a alegação de impossibilidade material de implementação da medida, mesmo porque a própria agravante

> noticia nas razões de agravo que as unidades consumidoras contam com rede de abastecimento (fls. 08/09).[41]

6. Conclusão

Muitas e graves são as lesões aos direitos fundamentais decorrentes da pandemia da Covid-19. A solução para tais problemas deveria se dar pela via extraprocessual, sem a interferência do Judiciário, porém, em muitos casos, isso não tem ocorrido, surgindo conflitos que perturbam a paz social e devem ser eliminados. Desse modo, fazendo-se necessária a judicialização dos conflitos, cabe aos julgadores prestar a tutela jurisdicional de modo célere para que a jurisdição cumpra a sua função de pacificação social com justiça.

Nesse contexto, a tutela de urgência se apresenta como importante instrumento de acesso à justiça. O CPC busca, ao regular o instituto, garantir que o Estado consiga prestar uma tutela jurisdicional útil, em tempo hábil. Em outras palavras, a tutela de urgência cumpre satisfatoriamente a função de eliminar o perigo de dano em razão da delonga natural do processo à espera de um provimento definitivo.

Os requisitos para a concessão da tutela de urgência foram unificados no CPC de 2015, sendo eles a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (art. 300, *caput,* do CPC). Desse modo, não há mais no CPC diferença entre os requisitos para a concessão da tutela antecipada (prova inequívoca que convença da verossimilhança), da tutela cautelar (fumus boni iuris) e da tutela específica antecipada (fundamento relevante), como havia no CPC de 1973.

O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, trata da tutela de urgência no seu artigo 84, §3º, que é muito semelhante ao artigo 461 do CPC de 1973. O artigo 84 do CDC, como fazia o artigo 461 do CPC, cuida da tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer e, no seu §3º, prevê como requisitos para a tutela específica antecipada

---

[41] (TJSP, Agravo Interno n. 2102703-77.2020.8.26.0000/50000, 32º Câmara de Direito Privado, j. 26-06-2020, rel. Kioitsi Chicuta).

o fundamento relevante e o receio de ineficácia do provimento final. Com o advento do CPC de 2015, é necessário saber se os requisitos para a concessão da tutela de urgência nos processos relativos a lides de consumo são os do artigo 84, §3º, do CDC ou os do art. 300 do CPC. Considerando (i) a unificação dos requisitos promovida pelo CPC de 2015 e a insegurança que o CPC de 1973 gerava com a adoção de requisitos diversos para provimentos de urgência; (ii) a adoção de critérios mais próximos aos requisitos gerais das medidas urgentes — *fumus boni iuris* e *periculum in mora;* (iii) o fato de que, em última análise, todos os dispositivos do CPC revogado conduziam à necessidade de convencimento do julgador acerca da probabilidade (maior ou menor) do direito afirmado em juízo, ou a probabilidade de que o pedido fosse julgado procedente ao final, deve-se entender que a tutela de urgência, também no âmbito das lides de consumo, fica sujeita aos requisitos da probabilidade do direito e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (art. 300 do CPC).

Entretanto, a condição do consumidor, na sua relação com o fornecedor, não é de paridade de armas, como nas demais relações que se estabelecem entre as partes no processo. De acordo com o art. 4º, I, do CDC, o consumidor é vulnerável, contando, em razão disso, com algumas prerrogativas processuais. O artigo 6º do CDC, ao indicar os direitos básicos do consumidor, prevê o direito à efetiva prevenção e reparação de danos, bem como o direito à facilitação de defesa em juízo. Tendo a tutela de urgência (antecipada ou cautelar) papel fundamental na efetiva proteção dos direitos do consumidor em tempos de pandemia da Covid-19, cumpre ao julgador, no preenchimento dos conceitos indeterminados contidos no art. 300 do CPC (probabilidade do direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo), interpretar a lei em conformidade com a principiologia do código consumerista, sendo menos rigoroso do que seria na hipótese de uma relação de direito material sujeita a outro regime jurídico.

A tutela de urgência, inspirada nos princípios do acesso à justiça e da duração razoável do processo, é instrumento relevantíssimo, sem o qual não seria possível, especialmente em momentos de crise como o que estamos vivendo, a obtenção de prestação jurisdicional tempestiva, útil, efetiva.

Referências

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Tutela antecipatória (algumas noções – contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas). *In:* TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

ARONNE, Ricardo. *O princípio do livre convencimento do juiz*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996.

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 9. ed. São Paulo: RT, 2017.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Código de Processo Civil interpretado. *In:* MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). *Código de Processo Civil Interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada:* tutelas sumárias e de urgência. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 1.

BUENO, Cássio Scarpinella. Tutela provisória contra o Poder Público no CPC de 2015. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella *et al*. (Coord.). *Tutela provisória no novo CPC*. São Paulo: Saraiva, 2016.

CALAMANDREI, Piero. *Instituições de direito processual civil*. Trad. Douglas Dias Ferreira. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CARNELLUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936.

CASTRO, Daniel Penteado de. Responsabilidade pela fruição da tutela provisória. *In:* BUENO, Cassio Scarpinella *et al*. (Coord.). *Tutela provisória no novo CPC*. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. v. 2.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *Civil Procedure*

Review, v. 8, n. 1, p. 46-64, jan-apr. 2017. Disponível em: https://bit.ly/2ZjLNTU. Acesso em: 13 out. 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

FERES, Carlos Roberto. *Antecipação da tutela jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 8, t. 1.

LARA, Betina Rizzato. *Liminares no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. *In:* ZANETI JUNIOR, Hermes (Coord.). *Repercussões do novo CPC:* processo coletivo. Salvador: JusPODIVM, 2015.

LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al*. (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NEGRÃO, Theotonio *et al*. *Novo Código de Processo Civil*. Ed. Especial. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson. *Atualidades sobre o processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 17. ed. São Paulo: RT, 2018.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 2. ed. em e-book baseada na 6. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Comentário 35 ao art. 5º, XXXV, da CF.

PAVONI, Mariana Melo de Carvalho. Tutela provisória: a técnica da antecipação a serviço da efetividade da jurisdição. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella *et al*. *Tutela provisória no novo CPC*. São Paulo: Saraiva, 2016.

PIZZOL, Patricia Miranda. A tutela antecipada nas ações coletivas como instrumento de acesso à justiça. *In:* NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; FUX, Luiz (Coord.). *Processo e Constituição:* estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PIZZOL, Patricia Miranda. *Tutela coletiva:* processo coletivo e técnicas de padronização das decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. nota 93.

SALVADOR, Antônio Raphael da Silva. *Da ação monitória e da tutela jurisdicional antecipada*. São Paulo: Malheiros, 1995.

SCHREIBER, Anderson. Dever de renegociar. *GEN Jurídico*, São Paulo, 16 jan. 2018. Disponível em: https://bit.ly/3i5D9zP. Acesso em: 6 set. 2020.

SHIMURA, Sérgio Seiji. *Arresto cautelar*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil anotado*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O caráter facultativo da contracautela*. 18. ed. São Paulo: Leud, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 18. ed. São Paulo: Leud, 1999.

VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário:* fundamentos processuais. Salvador: JusPODIVM, 2013.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coord.). *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2015.

ZAVASCHI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.

A tutela de direitos coletivos em tempos de pandemia. Vamos ter mais do mesmo ou daremos um passo além com foco na pacificação social a partir do tratamento estratégico de litígios que possuam origem comum?

Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho[1]
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Alexandra Fuchs de Araújo[2]
Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução. 2. Algumas palavras sobre direitos coletivos e sua tutela no nosso sistema — o fenômeno das lides repetitivas e a insuficiência da ação coletiva para lidar com o problema. 3. Covid 19 — desafios à vista. 3.1. Impacto da epidemia nas relações de consumo: o caso específico das empresas aéreas. 4. Como o Judiciário lidará com a provável nova onda de judicialização? Mais do mesmo ou tratamento estratégico de litígios? 4.1. Qual o papel da ação coletiva nesse cenário? 4.2. Conexão. 4.3. Cooperação. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

A pandemia de Covid-19 tomou o mundo de assalto, impactando gravemente a vida de milhares de pessoas em todo o planeta.

---

[1] Doutor e mestre em Direito de Estado. Professor da Escola Paulista da Magistratura. Pesquisador vinculado ao CEDAU.

[2] Mestre em Direito do Estado. Professora da Escola Paulista da Magistratura. Pesquisadora vinculada ao NEPAD. Coordenadora da Célula de Soluções Estratégicas do Grupo de Administração Legal (GEAL) do CRASP.

Para evitar a rápida propagação do vírus, governos se viram na necessidade de impor severas restrições ao contato social entre os cidadãos, para o que a interdição do funcionamento de estabelecimentos serviu de medida instrumental.

Do dia para a noite a produção de produtos e a prestação de serviços não essenciais foram interrompidas.

Em uma sociedade de consumo como a nossa, as políticas sanitárias encampadas pelas autoridades tiveram o impacto de um meteoro.

Algumas indústrias foram especialmente afetadas nesse momento de crise, como as de turismo, aviação e entretenimento.

Um evento único, a pandemia, frustrou a satisfação de inúmeros contratos.

Como as pretensões respectivas serão endereçadas pelo nosso sistema de Justiça?

Neste ensaio, vamos delinear algumas hipóteses a respeito, com foco nas relações regidas pelo Código de Defesa do Consumidor.

2. Algumas palavras sobre direitos coletivos e sua tutela no nosso sistema — o fenômeno das lides repetitivas e a insuficiência da ação coletiva para lidar com o problema

O sistema judiciário brasileiro, em observância ao princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, direito fundamental previsto no artigo 5º, XXXV CR,[3] permite um amplo acesso à justiça, do ponto de vista da forma de acesso.

Em diversas situações de consumo, é possível judicializar a questão como um direito coletivo ou como um direito individual.[4]

---

[3] Art. 5, XXXV da CR — "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". BRASIL *Constituição Federal*. Disponível em: https://bit.ly/3jRw06T. Acesso em: 20 jun. 2020.

[4] Segundo Susana Henriques da Costa e Débora Chaves Fernandes, "em primeiro lugar, para o administrador, as múltiplas decisões concessivas de direitos sociais, próprias de uma sociedade de massa, podem vir a interferir no planejamento e execução de uma política pública em curso, na medida em que obrigam a sua adaptação e revisão para o cumprimento das ordens judiciais. Além disso, o

Certamente, os direitos coletivos possuem sempre uma dimensão individual.

Entretanto, as tentativas de monetização dos direitos coletivos e de adequação ao "binômio violação e restauração no campo dos direitos socioeconômicos",[5] ao menos nos moldes em que elas são feitas entre nós, acabam sendo reducionistas, privilegiando em demasia apenas a perspectiva subjetiva do lesado, dissociada do universo de vítimas de um mesmo evento ou prática abusiva.

Ainda que se admita que a discussão atomizada de qualquer direito coletivo possa parecer a solução mais "democrática"[6] e tenha o aspecto positivo de permitir uma pluralidade de visões sobre as teses em debate, tal solução não se dá sem importantes externalidades negativas.

Além da sobrecarga de serviço, com vários magistrados sendo chamados a decidir reiteradamente sobre os mesmos casos em todo o país, e do risco da produção de títulos judiciais contraditórios sobre uma mesma matéria fática, o que no final do dia redunda em pessoas em situação análoga recebendo tratamento diferente por parte do Judiciário, a ausência de estratégia por parte dos órgãos judiciais para lidar com o fenômeno das lides replicantes termina por favorecer o litigante habitual,[7] de um lado, e o litigante predatório, do outro, em um cenário no qual, na melhor das hipóteses, expressiva parte dos processos hoje em tramitação representam um trabalho simplesmente desnecessário.

---

tratamento processual individualizado do tema, em regra, não permite a discussão da política pública como um todo, mas somente da particular situação do autor. Isso pode significar a prolação de decisões distantes da realidade do Poder Público, não passíveis de universalização". COSTA, Susana Henriques da; FERNANDES, Débora Chaves. Processo coletivo e controle judicial de políticas públicas – relatório Brasil. *In:* GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 406.

[5] LÍRIO DO VALLE, Vanice Regina; DIAS, Paula do Espírito Santo de Oliveira. Indeterminação dos direitos sociais e os desafios à efetividade: uma visão empírica". *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, v. 18, n. 73, jul.-set. 2018. p. 225.

[6] "Democrático" no sentido de que "quem quer" pode litigar quando quer, contra quem deseja, e no local que lhe for mais conveniente, independentemente da existência de outras demandas individuais ou coletivas versando sobre a mesma causa de pedir.

[7] Para Galanter, a class action eleva os riscos do litigante habitual, reduzindo suas vantagens estratégicas. GALANTER, Marc. *Why the haves come out ahead:* the classic essay and new observations. New Orleans: Quid Pro Books, 2014. p. 144. As mesmas conclusões são extraídas de: GALANTER,

Apesar de tímida, considerando a sua repercussão para o funcionamento de todos os Tribunais do país, passa a haver uma maior preocupação com a busca de novos instrumentos para lidar com as demandas de massa e com os grandes litigantes, movimento que naturalmente se intensifica em um momento de grave crise como o ora vivenciado.[8]

Fernanda Mercier Farina, a partir da doutrina norte-americana, classifica as técnicas de agregação de demanda em duas grandes modalidades: os mecanismos de uniformização de jurisprudência e os mecanismos de coletivização de processos individuais.[9] O dilema apresentado pela estudiosa está na "busca pelo ponto ótimo entre justiça e celeridade", sendo que "a solução de demandas repetitivas é peça fundamental na busca pela eficiência judicial".[10]

Sobre a segunda técnica referida, leciona Susana Henriques da Costa:

> As técnicas de coletivização das pretensões individuais criam mecanismos de transformação de um pedido (pretensão) individual em um pedido coletivo. Trata-se de técnica conhecida pelo direito norte-americano, que possibilita que, a requerimento de uma das partes, demandas originariamente propostas individualmente, sejam certificadas como class actions. Esse mecanismo permite ao juiz reconhecer que determinado conflito subjetivo e atomizado, na verdade, representa pequena parcela de um conflito massificado, de natureza

Marc. Access to Justice in a world of expanding social capability. *Fordham Urban Law Journal*, v. 37, n. 5, 2010. p. 115; GALANTER, Marc. The day after the litigation explosion. *Maryland Law Review*, v. 46, n. 1, 1986. p. 3.

8 Conforme apontam SALOMÃO, Luis Felipe; ARAÚJO, Valter Shuenquener de; COSTA, Daniel Carnio. É preciso achatar a curva de crescimento das ações judiciais no país. *Consultor Jurídico*, 9 jun. 2020. Disponível em: https://bit.ly/2R4qxNO. Acesso em: 21 jun. 2020.

9 FARINA, Fernanda Mercier Querido. *Técnicas de agregação de demandas repetitivas:* uma análise comparativa da experiência norte americana em busca da eficiência processual. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito Processual, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 67.

10 Idem, p. 63.

> coletiva. Diante desse reconhecimento, o direito empodera o magistrado a chamar para o processo o conflito inteiro, molecularizando a discussão.[11]

O Código de Processo Civil, de 2015, nesse contexto, embora tenha trazido instrumentos vocacionados a dar alguma racionalidade às demandas multitudinárias no âmbito das instâncias superiores do Judiciário,[12] e tenha investido em dispositivos dirigidos a uniformizar jurisprudência e reforçar o valor do precedente como fonte do Direito, ainda apostou no instituto da demanda individual como veículo por excelência para o acesso à Justiça,[13] não apresentando uma sistematização para a agregação dessas demandas já em primeiro grau de jurisdição (quiçá admitindo sua transformação em ação coletiva),[14] nem regulamentando de modo mais adequado o nosso processo coletivo.

---

[11] COSTA, Susana Henriques da. A imediata justicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo. *In:* GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 407.

[12] Vide o incidente de resolução de demandas repetitivas.

[13] Inclusive, discorrendo sobre requisitos de fundamentação exaustiva de decisões judiciais (art. 489 do CPC) e de saneamento participado do feito (art. 357 do CPC), instrumentos nitidamente inadequados para as demandas de massa, nas quais o julgador, no mais das vezes, está enfrentando argumentos padronizados, alinhados por programas de computador à disposição dos litigantes que se disponham a custear esse tipo de insumo. Para uma reflexão crítica sobre alguns dos paradoxos constantes no Código de Processo Civil de 2015 que, em vez da propiciar a solução célere de processos, pode dar azo a instrumentalização do seu texto para o cometimento de chicanas, ver SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. Os paradoxos do Código de Processo Civil: elementos para uma análise metanormativa. *Revista de Processo,* v. 255, maio 2016. p. 5 da versão digital. Segundo o autor: "Infelizmente, o que se tem visto é que os magistrados, premidos pela necessidade da rápida prestação jurisdicional — exigência de tempos em que os critérios de justiça parecem ceder lugar para os critérios de eficiência —, sentem-se forçados, cada vez mais, a decidir com prontidão. Mas se é certo que justiça tardia não é justiça, igualmente certo também é que a análise detida do processo exige um tempo de maturação. O paradoxo está em que a sociedade, de maneira geral, tanto quanto as instituições, em particular, não têm tempo para o exercício destas reflexões".

[14] Embora o texto aprovado pelo Parlamento tivesse um dispositivo a respeito (art. 333 do CPC), este foi vetado pela Presidência da República. Eis a respectiva redação: Art. 333. "Atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ouvido o autor, poderá converter em coletiva a ação individual que veicule pedido que: I — tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e cuja ofensa afete, a

Passados 30 anos da ocorrência de alguns eventos traumáticos que alcançaram milhões de brasileiros, como os planos econômicos dos anos 90 do século XX, esses ainda não foram pacificados pelo nosso Judiciário,[15] sendo que parte importante da jurisprudência nem mesmo fecha as portas para a propositura de novas ações envolvendo tal causa de pedir, isso por uma leitura que se faz quanto à prescrição meramente parcelar e não do fundo de direito de alguns desses pleitos.[16]

---

um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade; II — tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, por sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo. § 1º Além do Ministério Público e da Defensoria Pública, podem requerer a conversão os legitimados referidos no art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor). § 2º *A conversão não pode implicar a formação de processo coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos*. § 3º Não se admite a conversão, ainda, se: I — já iniciada, no processo individual, a audiência de instrução e julgamento; ou II — houver processo coletivo pendente com o mesmo objeto; ou III — o juízo não tiver competência para o processo coletivo que seria formado. § 4º Determinada a conversão, o juiz intimará o autor do requerimento para que, no prazo fixado, adite ou emende a petição inicial, para adaptá-la à tutela coletiva. § 5º Havendo aditamento ou emenda da petição inicial, o juiz determinará a intimação do réu para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias.
§ 6º O autor originário da ação individual atuará na condição de litisconsorte unitário do legitimado para condução do processo coletivo. § 7º O autor originário não é responsável por nenhuma despesa processual decorrente da conversão do processo individual em coletivo. § 8º Após a conversão, observar-se-ão as regras do processo coletivo. § 9º A conversão poderá ocorrer mesmo que o autor tenha cumulado pedido de natureza estritamente individual, hipótese em que o processamento desse pedido dar-se-á em autos apartados. § 10. O Ministério Público deverá ser ouvido sobre o requerimento previsto no *caput*, salvo quando ele próprio o houver formulado". BRASIL. Mensagem nº 56, de 16 de março de 2015. Disponível em: https://bit.ly/3m7HTHA. Acesso em: 21 jun. 2020) (g.n.). Confira-se a mensagem do veto: "da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas. No sentido do veto manifestou-se também a Ordem dos Advogados do Brasil — OAB". Sobre o tema, ver COSTA, Susana Henriques da. Morte e vida da conversão da ação individual em coletiva. *In:* GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*. *O novo Código de Processo Civil:* questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015. p. 421-439

[15] Ilustrando o desconcerto, ver notícia divulgada no dia 7 de maio de 2020 no site do STF (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ministro Ricardo Lewandowski divulga aditivo ao acordo dos planos econômicos. *Site do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: https://bit.ly/3k8ugX3. Acesso em: 21 jun. 2020).

[16] O entendimento que normalmente fundamenta pretensões cuja origem está em fatos ocorridos décadas atrás está expresso na Súmula nº 85 do STJ: "nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 1. Disponível em: https://bit.ly/3bHmujV. Acesso em: 21 jun. 2020.)

Tal fato, ao qual se somam diversos outros de proporções menores, mas que diuturnamente exigem milhares de respostas padronizadas dos nossos juízes pela via da distribuição seriada de ações individuais, revela a insuficiência do processo coletivo tal como disciplinado/utilizado em nosso sistema para propiciar a eficiente tutela de direitos transindividuais.

Uma hipótese para tal impropriedade é que, mesmo havendo a possibilidade jurídica da proposição da ação coletiva, do ponto de vista formal, ela deve tramitar seguindo as regras do processo civil individual, que não estão adaptadas para aquela tutela,[17] do que resulta uma ação com poucas chances de sucesso, seja na formação de título executivo consentâneo com as necessidades da coletividade interessada no deslinde desse tipo de feito, seja na execução desse título, que normalmente se converte em milhares de ações individuais na sua fase de liquidação.

Já as técnicas de agregação de demandas, introduzidas no direito brasileiro desde a Reforma do Judiciário de 2004, sobretudo como ferramenta a serviço dos órgãos colegiados, têm trazido alguma organicidade para o sistema, e foram ampliadas com a reforma do CPC.[18]

---

[17] Que eventualmente exigiria definição de partes, pedido e causa de pedir consentâneas com os fatos as serem analisados nesse tipo de demanda, sem falar na previsão inequívoca de quem deverá custear a produção de provas nesses casos, o que não raramente vira um jogo de empurra entre os envolvidos, que, valendo-se de isenções legais, costumam aguardar do juiz responsável algum lance de mágica para viabilizar perícias complexas sem a remuneração dos profissionais nomeados para a tarefa. Sobre a isenção de custas para a propositura de ação civil pública, ver o art. 18 da Lei nº 7.347/85 (Art. 18. Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais). O art. 91 do CPC/2015 procurou, timidamente, tratar do impasse, que, contudo, continua a tumultuar o andamento dessas ações coletivas sob a alegação de ausência de orçamento para tal finalidade por órgãos como o Ministério Público e a Defensoria Pública.

[18] De acordo com Castro Mendes e Temer : "No cenário brasileiro, diversos mecanismos processuais foram estruturados e inseridos por meio de reformas pontuais em leis extravagantes e no CPC/1973, visando racionalizar e aperfeiçoar o julgamento das causas repetitivas, como, por exemplo, (a) o incidente de uniformização de jurisprudência (art. 476 do CPC/1973); (b) a possibilidade de suspensão de segurança em liminares (Leis 8.437/1992 e 12.016/2009); (c) a uniformização de jurisprudência em âmbito dos Juizados Especiais Federais (Lei 10.259/2001) e nos Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei 12.153/2009); (d) o julgamento imediato de improcedência em casos idênticos (art. 285-Ado CPC/1973); (e) as súmulas vinculantes (art. 103-A da CF/1988); (f) o julgamento de recursos repetitivos por amostragem (arts. 543-B e 543-C do CPC/1973), também expressamente aplicáveis aos recursos de revista, no âmbito da Justiça do Trabalho, por força da Lei 13.015/2014". CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves; TEMER, Sofia. Técnicas adequadas à litigiosidade coletiva e repetitiva. *Revista de Processo,* v. 243, maio 2015. Disponível em: https://bit.ly/3jVSrl1. Acesso em: 27 maio 2020.

As técnicas de agregação de demandas adotadas, entretanto, apresentam limitações, tanto do ponto de vista do custo do Poder Judiciário quanto do ponto de vista da efetividade da justiça: na reforma brasileira a conjugação de alguns fatores, como a garantia de amplo acesso à justiça, a ausência de penalidades para o abuso do direito de demandar, a insuficiência de parâmetros adequados (e controle) para gratuidade processual[19] e para a instrução das petições iniciais, aliados à opção por demandas individuais, conduziu o país a, diante do dilema entre justiça e celeridade, não optar por nenhum dos dois, e sim pela produção neurótica de decisões repetitivas sem nenhum controle institucional, muitas vezes sem nenhuma utilidade.

A marcha em curso ainda traz o risco de reduzir o papel dos juízes de primeira e segunda instâncias a meros gestores de acervos, rebatedores de lides para as instâncias superiores da forma mais rápida possível, já que o sistema célere tende a incentivar o julgamento antecipado, a análise perfunctória das demandas e o distanciamento entre o juiz e as partes.

No que diz respeito aos direitos de consumo, a possibilidade de ajuizamento por litigantes predatórios de diversas ações individuais, de forma atomizada, sem a necessária suspensão de demandas conexas,[20] pode levar a julgamentos sem detido exame documental, em um sistema em que a produtividade dos juízes e das varas é medida por sentenças proferidas e processos arquivados.

Por outro lado, o litigante habitual, muitas vezes réu nos processos repetitivos, com destaque para bancos, planos de saúde e empresas de telecomunicação, sequer se preocupa com o processamento

---

[19] Em estudo muito pertinente sobre o fenômeno da judicialização em nosso país, Viaro aponta entre seus incentivos a inexistência de "medidas que tornem as partes litigantes as responsáveis pelos custos totais de suas ações judiciais", dado agravado pela concessão indiscriminada de assistência judiciária gratuita para um contingente enorme de usuários do sistema (VIARO, Felipe Albertini Nani. *Judicialização:* análise doutrinária e verificação no cenário brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p. 275 e ss.). Para uma análise detida sobre o efeito indutivo à excessiva judicialização de matérias decorrente do baixo valor (ou ausência de cobrança) da taxa judiciária, ver JARDIM NETO, José Gomes. *A taxa judiciária e a autonomia financeira do Poder Judiciário*. 2020. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 128 e ss.

[20] O que seria relevante ao menos para garantir a uniformização dos julgados envolvendo uma mesma situação fática, de modo que pessoas em situação equivalente não recebam do Judiciário tratamento distinto.

das lides individuais. Investem em uma "advocacia de massa" para o acompanhamento desse tipo de demanda[21] e focam seus esforços de convencimento nas instâncias superiores.

Em estudo de caso realizado a partir do julgamento do Tema nº 710 no STJ, referente ao sistema de *scoring* de crédito e de sua compatibilidade com a legislação de Direito do Consumidor, Maria Cecília Asperti concluiu que o sistema de julgamento seguido pelo recurso repetitivo favorece o litigante habitual, na medida em que é favorecido, nas instâncias superiores, pelos meios para apresentar elementos técnicos quanto ao funcionamento do sistema, não apresentados nem discutidos nas instâncias inferiores, o que acarreta uma "sensível mudança no posicionamento até então adotado pelo tribunal de origem sobre a matéria".[22]

Ainda, não há necessariamente um alinhamento de interesses entre o Ministério Público, a Defensoria Pública, os *amici curiae*, os "sobrestados" e os "ausentes", dado que limita o debate acerca da tese jurídica em disputa, isso em franco desfavor da tutela apropriada dos interesses do consumidor.

O julgamento dos repetitivos, de certo modo, ignora a "dinâmica existente entre as partes", e o preço pode ser a "acentuação da desigualdade já existente entre aqueles que têm e aqueles que não têm".[23]

Assim, o litigante habitual não se preocupa em fazer uma instrução precisa dos casos, não informando suficientemente o juiz de primeira instância e nem seu advogado nesses processos, porque investe numa vitória nas instâncias superiores, onde tem maiores possibilidades, favorecido pelos seus recursos econômicos, e aí todo o trabalho até então

---

[21] Composta por profissionais que inclusive podem atuar como gestores de um sistema informatizado para organizar a linha de produção de respostas padrão para as demandas repetitivas envolvendo o grande litigante, muitas das quais com pouca ou nenhuma referência à situação concreta que levou a parte autora a recorrer ao Judiciário na busca da tutela de seus direitos.

[22] ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. *Acesso à justiça e técnicas de julgamento de casos repetitivos*. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito Processual, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 279.

[23] ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. Acesso à justiça e técnicas de julgamento de casos repetitivos. 2018.Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito Processual, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 280.

realizado pela primeira e segunda instâncias terão sido inúteis, bem como todos os recursos públicos investidos para fazer a máquina do Poder Judiciário girar aleatoriamente, ou seja, de modo alheio ao que seria sua missão constitucional de pacificar conflitos.

3. Covid 19 – desafios à vista

No cenário caótico da judicialização de consumo no Brasil, a pandemia de Covid-19 teve um impacto profundo nas relações de consumo em território nacional.

A Covid-19 é uma situação mundial excepcional, com danos e prejuízos de difícil dimensionamento. Diversos foram os casos de interrupção forçada dos contratos e, diante desse contexto, o Procon já se pronunciou, sugerindo que a preferência dos consumidores seja na conversão do serviço contratado em crédito para ser usado em momento posterior, sem que o fornecedor cobre ou penalize para realizar essa alteração, a fim de que, desse modo, ambas as partes saiam ganhando.[24]

A Senacon (Secretaria Nacional do Consumidor) também tem trazido alternativas, através de notas técnicas,[25] que, embora não tenham a força de lei, acabam servindo de orientação ao fornecedor e trazem uma presunção de boa-fé em relação a condutas adotadas em conformidade com tais parâmetros.

O Poder Legislativo também tem procurado responder com a velocidade necessária, o que não é tão simples diante do contexto político conturbado vivido pelo país, mas já foi fixado o dever de manutenção de serviços essenciais durante a pandemia, com a regulamentação da Lei nº 13.979/2020, através do Decreto nº 10.282/2020,[26] acompanhada

[24] BENTO, Rafael Tedrus; ALMEIDA, Camila Eduarda M. de. As relações de consumo e o covid-19. *Migalhas*. Disponível em: https://bit.ly/3jRw06T. Acesso em: 5 jun. 2020.

[25] COELHO, Gláucia Mara; NORI, Marina Piccolotto. Os impactos da covid-19 nas relações de consumo: quem deverá arcar com os prejuízos?. *O Estado de São Paulo,* São Paulo, 18 abr. 2020. Disponível em: https://bit.ly/324PZc5. Acesso em: 5 jun. 2020.

[26] O Decreto nº 10.282/2020 regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais, e em seu artigo 3º, § 1º fixa os serviços públicos e atividades essenciais “como aqueles indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da

por outras leis estaduais, como a Lei carioca nº 8.769/2020, que por sua vez já foi contestada no STF pela Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica (Abradee).[27]

Será que esse tipo de esforço será suficiente para evitar novas ondas de judicialização envolvendo controvérsias com origem única, isso considerando a estrutura e dinâmica de funcionamento do Poder Judiciário brasileiro, aliadas ao tratamento legal conferido às demandas repetitivas?

3.1. Impacto da epidemia nas relações de consumo: o caso específico das empresas aéreas

Certamente, a orientação normativa é um passo importante para a organização da economia do país. O Brasil e o mundo vivem o inusitado. Não existem protocolos únicos para tempos de pandemia, e não se sabe o suficiente para se adotar procedimentos jurídicos inquestionáveis.

Porém, alguns temas são particularmente afetos à litigância no sistema do juizado especial, a tal ponto que são criados aplicativos para "multiplicar" o número de vítimas de consumo,[28] como é o caso

---

comunidade, assim considerados aqueles que, se não atendidos, colocam em perigo a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população, tais como: [...]". (BRASIL. Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020, que regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. Disponível em: https://bit.ly/3hiCbPI. Acesso em: 18 jul. 2020.

[27] Conforme informativo do STF: "A Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica (Abradee) ajuizou no Supremo Tribunal Federal (STF) as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6405 e 6406, contra leis, respectivamente, de Santa Catarina e do Paraná que proíbem o corte dos serviços de energia elétrica até 31/12/2020 em razão da pandemia do novo coronavírus (Covid-19). A entidade alega que as normas violam a competência privativa da União de legislar sobre energia elétrica (artigo 22, inciso IV, da Constituição Federal)". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Distribuidores de energia elétrica questionam leis estaduais que proíbem corte durante pandemia. *Site do Supremo Tribunal Federal*, 4 maio 2020. Disponível em: https://bit.ly/2RePjKW. Acesso em: 18 jul. 2020.

[28] Isso na medida em que um indivíduo que possa até ter achado normal um atraso de voo pode, ao se deparar (ou "ser deparado", via técnicas de indexação de propaganda via algoritmos que estão cada vez mais avançadas) com anúncio prometendo-lhe ganhos econômicos convidativos caso contrate serviços advocatícios para questionar o episódio, decidir litigar por esse fato superveniente e não diretamente relacionado com a conduta imputada à empresa de aviação. Ou seja, alguém que não se via como "vítima" de uma má prestação de serviços assim decidiu-se colocar à vista da chance de poder obter alguma vantagem financeira de circunstâncias que, na realidade, não lhe impuseram sequer maiores aborrecimentos.

das empresas aéreas e os atrasos em voo, com uma clientela tão farta que, ao se acionar o mecanismo de busca do Google com as palavras "aplicativo atraso em voo", diversas respostas aparecem relacionadas à pesquisa.

O ramo das viagens também foi um dos mais afetados pela crise, já que os voos sofreram redução de cerca de 70% nesse período,[29] com perspectivas incertas de retomada de seu padrão anterior considerando as mudanças de costume impostas pelo isolamento social e pela disseminação de telerreuniões viabilizadas por inúmeros aplicativos de tecnologia.

Segundo cartilha da OAB,[30] o consumidor passa a ter como alternativas de sua livre escolha: a remarcação futura para o mesmo destino ou outro, o reembolso do pagamento ou, finalmente, o cancelamento total, com a devolução integral do valor pago e isenção das multas. Sugere-se que não haja cancelamento, com a devolução do dinheiro, preservando assim a relação de consumo e também proporcionando a recuperação dos agentes econômicos envolvidos.

Do ponto de vista legislativo, foi editada a MP 925/2020,[31] que apresenta providências emergenciais para a aviação civil brasileira em razão da pandemia de Covid-19, que, em seu artigo 3º, prevê que o prazo para reembolso pelas companhias aéreas se estende para 12 meses. Caso o consumidor opte pelo cancelamento da viagem, as regras do serviço contratado incidirão normalmente, isto é, poderá haver a cobrança de multa. Caso o consumidor aceite o reembolso em forma de crédito para ser utilizado na compra de passagem futura, estará isento de multa. Ainda, a reversão em crédito só valerá para passagens aéreas

---

[29] FARIA, Flávia; YUKARI, Diana. Coronavírus causa cancelamento em massa de voos no mundo, e Guarulhos perde 76% das decolagens". *Folha de S.Paulo,* 27 mar. 2020. Disponível em: https://bit.ly/2Ra1skv. Acesso em: 6 jun. 2020.

[30] OAB – Ordem dos Advogados do Brasil. *Direitos do Consumidor:* covid-19 (Coronavírus). São Paulo Disponível em: https://bit.ly/3igD3Wp. Acesso em: 5 jun. 2020.

[31] BRASIL. Medida provisória nº 925, de 18 de março de 2020. Dispõe sobre medidas emergenciais para a aviação civil brasileira em razão da pandemia da covid-19. *Diário Oficial da União,* 19 mar. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3m2Jhvj. Acesso em: 6 jun. 2020. Em 18 de julho de 2020, A Medida Provisória 925/2020 já havia sido aprovada pelo Congresso Nacional e estava com prazo aberto para veto ou sanção presidencial. BRASIL. Congresso Nacional. Medida Provisória nº 925, de 2020 (Pandemia da Covid-19 (Coronavírus): medidas emergenciais para a aviação civil brasileira). Site do Congresso Nacional. Disponível em: https://bit.ly/3iha70v. Acesso em: 18 jul. 2020.

compradas para viagens até 31 de dezembro de 2020, e o crédito poderá ser utilizado no período de 12 meses a contar da data da viagem frustrada.

Ainda não se tem notícia de aprovação de uma regulamentação internacional para disciplinar as situações desse tipo. A própria MP deixa algumas janelas: o que fazer com as passagens compradas após 31 de dezembro de 2020? Como fazer com as ofertas que já estão sendo veiculadas pelas empresas de turismo, para 2021, com base na convicção diáfana de que, até lá, tudo voltará a ser como antes?

Toda a fragilidade da regulamentação gerada em projeções futuras tão incertas são um prato cheio para intensa judicialização no porvir, com potencial para diversos recursos repetitivos e milhares de processos que, a seguir nossa lógica tradicional, não serão reunidos, e portanto irão gerar milhares de sentenças e acórdãos, consumindo parte significativa de recursos orçamentários do Poder Judiciário, sem que esse consumo seja apto a oferecer alguma pacificação social.

4. Como o Judiciário lidará com a provável nova onda de judicialização? Mais do mesmo ou tratamento estratégico de litígios?

À vista do cenário delineado quanto às dificuldades existentes em nosso sistema para tratamento adequado das lides repetitivas, ao que se soma o exemplo abordado de "ação-de-massa-tipo" envolvendo descumprimento de contrato de transporte aéreo, o qual tende a se replicar para milhares de vínculos frustrados nesse período de pandemia (como cancelamento de shows, paralisação de academias, descontinuidade de atividades escolares, frustração de pacotes turísticos etc.…), verifica-se que o Judiciário, nos próximos meses, provavelmente se encontrará em uma nova encruzilhada.

Em não havendo êxito nas exortações feitas aos cidadãos para buscar a solução dos impasses surgidos por ocasião da crise sanitária com bom senso, empatia e valendo-se de canais extrajudiciais de composição de disputas, tudo indica que novas ondas de litígios alcançarão nossos Tribunais.

Como essas demandas deverão ser recebidas pelas nossas unidades judiciais?

A seguir o lugar-comum vivenciado entre nós no julgamento de lides repetitivas, veremos o cancelamento de um mesmo voo ensejando a propositura de ações por todos os seus passageiros, cada qual a partir de seu domicílio, com pedidos de dano material e moral, a serem apreciadas por juízes de todo o Estado.

O detalhe advindo da pandemia é que serão centenas de voos cancelados não só por uma companhia aérea, mas por todas, que darão origem, em tese, a esse movimento.

Fenômeno análogo ocorrerá com pretensões relativas a não realização de espetáculos e a não prestação de serviços que se tornaram inviáveis por força da política de isolamento social que se impôs às pessoas como forma de evitar a propagação rápida do coronavírus.

A pulverização da análise atomizada dessas ações-de-massa-tipo não seria, seguindo as considerações que fizemos neste ensaio, a medida mais adequada para, em prazo razoável, atendendo aos ditames da isonomia e através de um uso inteligente do nosso aparato de justiça, oferecer jurisdição a todos os afetados pela pandemia. [32]

Se não seria a forma mais adequada, de se perguntar se essa seria a única forma de o Judiciário responder aos desafios que se descortinam no horizonte.

No nosso sentir, na linha do que já defendemos em outras oportunidades em que nos debruçamos sobre o tema,[33] não.

Vejamos, então, quais seriam algumas das ferramentas à disposição dos nossos julgadores para um tratamento estratégico do incremento da litigância pós-Covid-19.

---

[32] Sobre a insuficiência do modo pelo qual o Poder Judiciário vem tratando a crise numérica do crescente volume de processos que ingressam em seus escaninhos, "estratégia" que foca no sintoma do problema e não nas suas causas, ver MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça:* condicionantes legítimas e ilegítimas. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 205 e ss.

[33] V.g. ARAÚJO, Alexandra Fuchs de; CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. A visão dos tribunais brasileiros sobre a ética nas relações públicas e privadas. *Polifonia — Revista Internacional da Academia Paulista de Direito*, n. 3, outono/inverno 2019. Disponível em: https://bit.ly/2DCl5hQ. Acesso em: 17 jul. 2020; CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ARAÚJO, Alexandra Fuchs de. Multiplicando litígios: a eleição da métrica sentenças-por-minuto como um meio sem fim. Que lições podemos extrair da insolvência da Unimed-Paulistana? *In:* COSTA, Daniel Castro Gomes da *et al*. *Democracia, justiça e cidadania:* desafios e perspectivas — estudos em homenagem ao ministro Luís Roberto Barroso. Belo Horizonte: Fórum, 2020. tomo 2, p. 311-327.

4.1. Qual o papel da ação coletiva nesse cenário?

Apesar das dificuldades já apontadas para que a ação coletiva, tal como disciplinada em nosso sistema, possa cumprir eficientemente seu papel de pacificação de conflitos que, atingindo milhares de pessoas, tenham uma origem comum, o seu emprego, em especial quando leva à suspensão das ações individuais envolvendo os mesmos fatos, pode servir para a racionalização da prestação jurisdicional nesse período.

Quanto à suspensão das ações individuais nessa hipótese por força de determinação judicial, já há precedentes, inclusive do Superior Tribunal de Justiça.[34]

Nada obstante, pontualmente verifica-se juízes que espontaneamente suspendem suas ações individuais quando têm conhecimento da tramitação de demanda coletiva mais abrangente acerca da mesma causa de pedir, por entenderem haver prejudicialidade externa do que será resolvido no processo transindividual à vista do que decidirão nos seus casos particulares.[35]

Tal postura, a depender exclusivamente da convicção de cada julgador, potencialmente também evitaria a "corrida maluca" por parte dos diversos órgãos judiciais em procurar dar a resposta mais rápida possível para as partes de um todo mais complexo,[36] com

---

[34] A providência vocacionada à racionalização do tratamento desse tipo de demanda é defendida por REFOSCO, Helena Campos. *Ação coletiva e democratização do acesso à justiça*. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p. 347 e ss., que se refere aos seguintes julgados do STJ sobre o tema: Recurso Especial 1.110.549-RS e AgRg no AgRg em Agravo em Recurso Especial 210.738-RS. Do primeiro julgado, realizado pela segunda seção em 28 de outubro de 2009, ministro relator Sidney Beneti, inclusive houve a aprovação do tema repetitivo n. 60, do seguinte teor: "Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva".

[35] Art. 313 do CPC – "Suspende-se o processo: [...] V – quando a sentença de mérito: a) depender do julgamento de outra causa ou da declaração de existência ou de inexistência de relação jurídica que constitua o objeto principal de outro processo pendente; b) tiver de ser proferida somente após a verificação de determinado fato ou a produção de certa prova, requisitada a outro juízo". O maior inconveniente quanto ao uso do dispositivo é o limite de 1 ano previsto para a suspensão (§4º), lapso dentro do qual dificilmente uma ação complexa como a coletiva consegue ser julgada.

[36] A imagem bastante plástica do desenho "corrida maluca" para descrever o funcionamento "normal" do nosso sistema de Justiça no tratamento da litigância repetitiva foi referida por Marco Bruno Miranda Clementino, em encontro do núcleo de estudos sobre demandas repetitivas da Escola

foco maior na solução da causa dos diversos litígios (e não apenas na produtividade medida pela grandeza sentenças-por-minuto, que, se levada a ferro e fogo, pode piorar o cenário de litigiosidade, e não o mitigar, como seria de se esperar de uma estrutura judicial atenta às repercussões do seu funcionamento na promoção do bem-estar social).

4.2. Conexão

Se em muitos aspectos nossa legislação não contribui para que haja uma maior racionalização do enfrentamento das causas de demandas repetitivas, não é por falta de lei expressa que milhares de casos individuais compartilhando uma origem comum não são reunidos perante um juízo único para fins de seu julgamento de modo uniforme.

A respeito, confira-se o teor do §3º do art. 55 do CPC: "serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles".[37]

Ainda que se entenda que o dispositivo em comento mereça uma leitura com alguma parcimônia, já que limitar a análise de qualquer direito individual homogêneo a um único julgador também traria

Paulista da Magistratura, no ano de 2019. O autor, em ensaio relevante sobre o tema, no qual destaca a inadequação das regras do nosso processo civil para lidar com processos que repercutem na vida de milhares de pessoas, chama a atenção quanto a necessidade de o julgador buscar adotar procedimentos dirigidos a assegurar a isonomia entre os jurisdicionados que experimentam uma mesma situação fática: "do juiz, o princípio da procedimentalização da isonomia exige criatividade e postura construtiva, em particular diante de omissões legislativas no que se refere à matéria. Deve, pois, interpretar as regras processuais sob a ótica de seus potenciais efeitos anti-isonômicos e construir deliberadamente soluções alternativas, constitucionalmente válidas, a fim de assegurar a observância da isonomia e de equacionar efetivamente os conflitos estruturais, não se limitando a imprimir soluções individuais" (CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. As demandas repetitivas de direito público e o princípio da procedimentalização da isonomia. *In:* MORAES, Vânila Cardoso André de. *As demandas repetitivas e os grandes litigantes:* possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro. Brasília, DF: Enfam, 2016, p. 50). Sobre o ponto, ver também MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça:* condicionantes legítimas e ilegítimas. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 451 e ss.

[37] Disponível em: https://bit.ly/3k46ICt. Acesso em: 22 jun. 2020.

desvantagens para o sistema,[38] certamente seu uso estratégico para certos litígios replicantes pode redundar em ganhos de eficiência para a respectiva pacificação.

No que se refere aos cancelamentos de voos e shows, por exemplo, impor-se aos interessados, já na distribuição da ação, a identificação de qual o objeto da sua pretensão, direcionado a um único juiz o julgamento de todo o universo de pessoas afetadas pela não prestação de um determinado serviço, representaria um avanço notável não só em termos de uso inteligente dos recursos à disposição dos Tribunais, como em termos de tratamento isonômico entre quaisquer consumidores que estejam em situação análoga, isso no bojo de um processo condutor no qual se possa realizar instrução mais detida, a permitir uma visão abrangente do macrolitígio por parte do magistrado.

Por outro lado, razoável se estabelecer, no âmbito interno das Corregedorias locais, regras de compensação de distribuição desse tipo de caso, de modo que o maior esforço exigido do julgador para sua análise seja compartilhado do modo mais equânime possível entre as diferentes unidades judiciais.

4.3. Cooperação

Uma terceira ferramenta que poderia contribuir para o tratamento adequado das possíveis ondas de litígio pós-pandemia, a qual, na verdade, acaba sendo instrumental a todas as demais, é o estabelecimento de canais de cooperação entre diferentes magistrados, de diferentes Justiças,[39] todos imbuídos do espírito público de resolver problemas (e não de simplesmente julgar um grande número de processos).

---

[38] Para ficarmos em duas, pode-se citar possível sobrecarga de serviço na unidade preventa e impossibilidade de amadurecimento da matéria à luz da visão de diferentes julgadores em primeiro grau de jurisdição.

[39] Há notícias de iniciativas alvissareiras a respeito no tratamento dos litígios advindos do desastre ambiental de Brumadinho, como se pode conferir da reportagem disponível em: https://bit.ly/33dQfVv. Acesso em: 20 jul. 2020.

Curioso imaginar se iniciativas dessa espécie, por não estarem expressamente previstas no CPC/1973, estariam proscritas entre nós até o advento do CPC/2015.

Nada obstante, como o novo diploma processual contém uma disciplina própria a respeito,[40] tal questão está superada, de modo que as preocupações devem se voltar para a identificação da melhor forma de efetivamente colocá-la em prática.

O impulso que faltava para tanto pode ser justamente o período de crise aguda ora vivenciado, aliado à experiência acumulada de insucesso na adoção de fórmulas expansivas da estrutura judicial como única (ou principal) resposta ao incrível volume de processos em trâmite em nosso país.[41]

Note-se que, a título de cooperação, a lei prevê, ilustrativamente, a possibilidade, seja de reunião de ações repetitivas, seja de realização de instrução comum a processos sob a supervisão de mais de julgador (art. 69, §2º, II e VI do CPC/2015).

---

[40] CPC/2015 – "Art. 67. Aos órgãos do Poder Judiciário, estadual ou federal, especializado ou comum, em todas as instâncias e graus de jurisdição, inclusive aos tribunais superiores, incumbe o dever de recíproca cooperação, por meio de seus magistrados e servidores. Art. 68. Os juízos poderão formular entre si pedido de cooperação para prática de qualquer ato processual. Art. 69. O pedido de cooperação jurisdicional deve ser prontamente atendido, prescinde de forma específica e pode ser executado como: I – auxílio direto; II – reunião ou apensamento de processos; III – prestação de informações; IV – atos concertados entre os juízes cooperantes. § 1º As cartas de ordem, precatória e arbitral seguirão o regime previsto neste Código. § 2º Os atos concertados entre os juízes cooperantes poderão consistir, além de outros, no estabelecimento de procedimento para: I – a prática de citação, intimação ou notificação de ato; II – a obtenção e apresentação de provas e a coleta de depoimentos; III – a efetivação de tutela provisória; IV – a efetivação de medidas e providências para recuperação e preservação de empresas; V – a facilitação de habilitação de créditos na falência e na recuperação judicial; VI – a centralização de processos repetitivos; VII – a execução de decisão jurisdicional. § 3º O pedido de cooperação judiciária pode ser realizado entre órgãos jurisdicionais de diferentes ramos do Poder Judiciário". Disponível em: bit.ly/3k46ICt. Acesso em: 22 jun. 2020).

[41] Sobre a cultura do "mais do mesmo" no âmbito da administração do Judiciário, ver considerações de NALINI, José Renato. Desafios na gestão judicial. *In:* CONTI, José Maurício (Org.). *Poder Judiciário:* orçamento, gestão e políticas públicas. São Paulo: Almedina, 2017. v. I, p. 163 e ss.

5. Conclusão

Neste ensaio tecemos considerações sobre algumas alternativas que estão à disposição dos juízes brasileiros para fins de pacificação de litígios surgidos por ocasião da pandemia de Covid-19.

Acreditamos que, à vista do panorama nada alvissareiro quanto ao tratamento de lides repetitivas entre nós, a atual crise sanitária reclama uma alteração de postura por parte do Judiciário no que se refere ao tema.

Nosso quadro legal para tanto, embora mereça algum aprimoramento, é plenamente compatível com o desafio posto.

Se o fator humano por traz da estrutura será capaz de bem utilizá-la, oferecendo à sociedade uma prestação jurisdicional mais eficiente, com foco na solução de causas e não meramente no julgamento de processos, é o que veremos nos próximos meses.

Referências

ARAÚJO, Alexandra Fuchs de; CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. A visão dos tribunais brasileiros sobre a ética nas relações públicas e privadas. Polifonia – *Revista Internacional da Academia Paulista de Direito*, n. 3, outono/inverno 2019. Disponível em: https://bit.ly/2DCl5hQ. Acesso em: 17 jul. 2020.

ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. *Acesso à justiça e técnicas de julgamento de casos repetitivos*. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito Processual, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

BENTO, Rafael Tedrus; ALMEIDA, Camila Eduarda M. de. As relações de consumo e o covid-19". *Migalhas*. Disponível em: https://bit.ly/2R5tDkA. Acesso em: 5 jun. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Medida Provisória nº 925, de 2020 (Pandemia da Covid-19 (Coronavírus): medidas emergenciais para a aviação civil brasileira). *Site do Congresso Nacional*. Disponível em: https://bit.ly/3iha70v. Acesso em: 18 jul. 2020.

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: https://bit.ly/3jRw06T. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020, que regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. Disponível em: https://bit.ly/3hiCbPI. Acesso em: 18 jul. 2020.

BRASIL. Medida provisória nº 925, de 18 de março de 2020. Dispõe sobre medidas emergenciais para a aviação civil brasileira em razão da pandemia da covid-19. *Diário Oficial da União*, 19 mar. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3m2Jhvj. Acesso em: 6 jun. 2020.

BRASIL. Mensagem nº 56, de 16 de março de 2015. Disponível em: https://bit.ly/3m7HTHA. Acesso em: 21 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Distribuidores de energia elétrica questionam leis estaduais que proíbem corte durante pandemia. *Site do Supremo Tribunal Federal*, 4 maio 2020. Disponível em: https://bit.ly/2RePjKW. Acesso em: 18 jul. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ministro Ricardo Lewandowski divulga aditivo ao acordo dos planos econômicos. *Site do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: https://bit.ly/3k8ugX3. Acesso em: 21 jun. 2020

CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves; TEMER, Sofia. Técnicas adequadas à litigiosidade coletiva e repetitiva. *Revista de Processo*, v. 243, maio 2015. Disponível em: https://bit.ly/3jVSrI1. Acesso em: 27 maio 2020.

CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. As demandas repetitivas de direito público e o princípio da procedimentalização da isonomia. *In:* MORAES, Vânila Cardoso André de. *As demandas repetitivas e os grandes litigantes:* possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro. Brasília, DF: Enfam, 2016. p. 32-52.

COELHO, Gláucia Mara; NORI, Marina Piccolotto. *Os impactos da covid-19 nas relações de consumo:* quem deverá arcar com os prejuízos? O Estado de São Paulo, São Paulo, 18 abr. 2020. Disponível em: https://bit.ly/324PZc5. Acesso em: 5 jun. 2020.

COSTA, Susana Henriques da. Morte e vida da conversão da ação individual em coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*. *O novo Código de Processo Civil:* questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015. p. 421-439.

COSTA, Susana Henriques da. A imediata justicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo. *In:* GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 397-422.

COSTA, Susana Henriques da; FERNANDES, Débora Chaves. Processo coletivo e controle judicial de políticas públicas — relatório Brasil. *In:* GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPODIVM, 2017.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ARAÚJO, Alexandra Fuchs de. Multiplicando litígios: a eleição da métrica sentenças-por-minuto como um meio sem fim. Que lições podemos extrair da insolvência da Unimed-Paulistana? *In:* COSTA, Daniel Castro Gomes da *et al*. *Democracia, justiça e cidadania:* desafios e perspectivas – homenagem ao Ministro Luís Roberto Barroso. Belo Horizonte: Fórum, 2020. tomo 2, p. 311-327.

FARIA, Flávia; YUKARI, Diana. Coronavírus causa cancelamento em massa de voos no mundo, e Guarulhos perde 76% das decolagens". *Folha de S.Paulo,* 27 mar. 2020. Disponível em: https://bit.ly/2Ra1skv. Acesso em: 6 jun. 2020.

FARINA, Fernanda Mercier Querido. *Técnicas de agregação de demandas repetitivas:* uma análise comparativa da experiência norte-americana em busca da eficiência processual. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) — Departamento de Direito Processual, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

GALANTER, Marc. The day after the litigation explosion. *Maryland Law Review*, v. 46, n. 1, 1986.

GALANTER, Marc. Access to Justice in a world of expanding social capability. *Fordham Urban Law Journal*, v. 37, n. 5, 2010.

GALANTER, Marc. *Why the haves come out ahead*: the classic essay and new observations. New Orleans: Quid Pro Books, 2014.

JARDIM NETO, José Gomes. *A taxa judiciária e a autonomia financeira do Poder Judiciário*. 2020. Tese (Doutorado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

LÍRIO DO VALLE, Vanice Regina; DIAS, Paula do Espírito Santo de Oliveira. Indeterminação dos direitos sociais e os desafios à efetividade: uma visão empírica. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, v. 18, n. 73, jul.-set. 2018.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça:* condicionantes legítimas e ilegítimas. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

NALINI, José Renato. Desafios na gestão judicial. In: CONTI, José Maurício (Org.). *Poder Judiciário:* orçamento, gestão e políticas públicas. São Paulo: Almedina, 2017. v. I, p. 161-176.

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil. *Direitos do Consumidor:* covid-19 (Coronavírus). São Paulo Disponível em: https://bit.ly/3igD3Wp. Acesso em: 5 jun. 2020.

REFOSCO, Helena Campos. *Ação coletiva e democratização do acesso à justiça.* São Paulo: Quartier Latin, 2018.

SALOMÃO, Luis Felipe; ARAÚJO, Valter Shuenquener de; COSTA, Daniel Carnio. É preciso achatar a curva de crescimento das ações judiciais no país. *Consultor Jurídico*, 9 jun. 2020. Disponível em: https://bit.ly/2R4qxNO. Acesso em: 21 jun. 2020.

SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. Os paradoxos do Código de Processo Civil: elementos para uma análise metanormativa. *Revista de Processo*, v. 255, maio 2016.

VIARO, Felipe Albertini Nani. *Judicialização:* análise doutrinária e verificação no cenário brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

Levando a sério os conceitos de prova do fato, fato notório, indícios, presunções, máximas da experiência e ônus da prova nos casos envolvendo os impactos da pandemia de Covid-19

William Santos Ferreira[1]
Advogado

Sumário: 1. Introdução. 2. O Brasil e a pandemia. 3. Relações entre norma, fato, direito e convencimento motivado. 4. A relação entre os momentos da prova e prova do fato, fato notório, indícios, presunções, máximas da experiência e ônus da prova.

1. Introdução

O mundo vem passando por uma das experiências coletivas de maior alcance e repercussão na história. O primeiro se relaciona ao número de atingidos, com enorme perda de vidas humanas, e aos danos causados, enquanto o segundo se relaciona à divulgação nos meios de comunicação e redes sociais.

Bill Gates em 2015, no TED, fez uma palestra defendendo que o mundo deveria pôr em prática boas ideias de planejamento de cenários a treinamento de profissionais de saúde, porque haverá novas epidemias, inclusive mostrava que o maior risco mundial não era uma guerra,

---

[1] Doutor e Mestre pela PUC-SP. Professor da PUC-SP na graduação, especialização, mestrado e doutorado. Membro do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP), do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), do Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO) e da Academia Brasileira de Direito Processual Civil (ABDPC).

mas um vírus e mostrava imagens da gripe influenza e do ebola, afirmando que o mundo precisaria estar preparado. Disse: “Não há razão para pânico, mas precisamos nos apressar”.[2]

Em menos de 5 (cinco) anos…

As imagens de ruas e locais conhecidos vazios no mundo e de famílias reunidas e fechadas em suas casas ao mesmo tempo, além da força da imagem, após meses de confinamento, passou a ser denominado de *novo normal*.

O mundo literalmente parou suas atividades usuais, ressalvadas as atividades essenciais. O estado de emergência em relação à Covid-19 foi decretado pela Organização Mundial da Saúde (OMS) em 30 de janeiro de 2020, mas o reconhecimento de estado de pandemia somente ocorreu em 11 de março de 2020.

A *emergência internacional de saúde* é definida pela OMS no seu Regulamento Sanitário Internacional como “uma situação extraordinária que constitui um risco de saúde pública para outros Estados através da disseminação internacional de doenças e por potencialmente exigir uma resposta internacional coordenada”. Essa emergência foi decretada desde 1948 – criação da OMS – 4 vezes: Gripe H1N1 (2009), Vírus Zika (2016), Ebola (2019) e Covid-19 (2020).[3]

Inicialmente houve uma negativa de reconhecimento de Pandemia pela OMS, o que causou, inclusive, questionamentos internacionais, como o do Prof. Jimmy Whitworth, da Universidade de Londres.[4]

Pandemia, segundo a OMS, é “a disseminação mundial de uma nova doença e o termo passa a ser usado quando uma epidemia, surto que afeta uma região, se espalha por diferentes continentes com transmissão sustentada de pessoa para pessoa”.[5]

---

[2] Palestra no TED2015, *The next outbreak? We’re not ready*. Disponível em: https://bit.ly/3k5BFX6. Acesso em 10 jul. 2020.

[3] GUEDES, Maria Júlia. *Estado de emergência:* o que é e qual a relação com a OMS. Disponível em: https://bit.ly/2ZGnrEr. Acesso em: 26 jun. 2020.

[4] *Ibidem*.

[5] SCHUELER, Paulo, O que é uma pandemia. *Site da Fundação Oswaldo Cruz*. Disponível em: https://bit.ly/3bJgOWw. Acesso em: 26 jun. 2020.

Pandemia não é uma novidade, em 2009 a gripe suína, causada pela H1N1, na metade do ano, quando foi declarada pela OMS, já tinha resultado em 36 mil casos computados em 75 países. No quadro geral atingiu 197 países, com 300 mil mortes, quando reconhecido o seu encerramento em agosto de 2010.[6]

A mais grave pandemia que se tem conhecimento foi entre 1918 e 1920, denominada a "gripe espanhola" que infectou 500 milhões de pessoas, 25% da população mundial à época, e, havendo severa divergência do número de mortos, as descrições oficiais oscilavam entre impressionantes 17 milhões e 100 milhões de pessoas. Foi considerada a epidemia mais mortal da história.

Os números da Covid-19 também são extremamente alarmantes. Ferramenta desenvolvida pela Microsoft de atualização instantânea apontava em 26 de junho de 2020:[7]

- Casos confirmados: 9.628.5658 (global) e 1.233.147 (no Brasil).
- Casos fatais: 489.731 (global) e 55.054 (no Brasil).

No dia 10 de julho de 2020 o "Rastreador de Covid-19" já apontava:[8]

- Casos confirmados: 12.268.630 (global) e 1.759.103 (no Brasil).
- Casos fatais: 554.924 (global) e 69.254 (no Brasil).

O objetivo do presente trabalho não é apresentar números, mas com eles o alcance e a repercussão da Covid-19, para tratar do impacto na sociedade e como isso ecoa nas demandas judiciais brasileiras, mais especificamente, no plano probatório, gerando uma séria confusão entre institutos muito diversos, que são a prova do fato, o fato notório, as presunções, os indícios, as máximas da experiência e o ônus da prova.

---

[6] *Ibidem*.
[7] Bing Rastreador da Covid-19. Disponível em: https://binged.it/3hhVdFZ. Acesso em: 26 jun. 2020.
[8] Bing Rastreador da Covid-19. Disponível em: https://binged.it/3hhVdFZ. Acesso em: 10 jul. 2020.

As regras de direito material não serão analisadas diretamente, mas sim algo muito sério que as envolve de forma indissociável: os riscos, no plano probatório, do tratamento indiscriminado dos efeitos da Covid nas relações jurídicas, como se houvesse um padrão (*standard*) que alcançaria a todos de forma idêntica e que tornasse desnecessária a produção de provas, autorizando decisões desprovidas de efetiva análise fática.

2. O Brasil e a pandemia

Como dito, mundialmente, a OMS declarou emergência em saúde pública de importância internacional em 30 de janeiro de 2020, e em 4 de fevereiro de 2020, o Brasil emitiu a Portaria 188 do Ministério da Saúde declarando emergência em saúde pública de importância nacional.

Em 6 de fevereiro de 2020, a Lei 13.979 dispôs sobre "medidas para enfrentamento da situação de emergência em saúde pública de importância internacional decorrente do novo Coronavírus", também houve a aprovação, na Câmara dos Deputados, da Mensagem Presidencial nº 93/2020 que "reconheceu o estado de calamidade pública no Brasil".

Em 11 de março de 2020, a OMS emitiu uma declaração pública de pandemia em relação ao novo Coronavírus.

Desde então cada estado do Brasil, e, em suas peculiaridades, cada município, vem tratando da pandemia com medidas restritivas específicas, a depender da deliberação dos órgãos competentes, especialmente após o Supremo Tribunal Federal definir a competência destes para assuntos locais e não da União, em medida cautelar na ADI 6343, suspendendo parcialmente a eficácia de dispositivos das Medidas Provisórias 926/2020 e 927/2020.

A situação levou a uma restrição nacional diversa. Capitais, grandes cidades e diversas cidades do interior tiveram um nível de restrições muito intenso desde março/2020, o que provocou impactos econômicos das mais diversas ordens, derivados da paralisação de atividades de praticamente todos os setores considerados não essenciais e a própria redução de consumo geral.

Finalmente, com célere elaboração de um anteprojeto, houve morosidade no andamento legislativo para a edição no Brasil da Lei sobre "Regime Jurídico Emergencial e Transitório das Relações Jurídicas de Direito Privado (RJET)" no período da pandemia do coronavírus (Covid-19)", que foi pontual, não interferindo de maneira rigorosa, salvo pontos específicos eleitos. Regula nas relações de consumo especificamente a suspensão do art. 49 do CDC, na hipótese de entrega domiciliar (delivery) de produtos perecíveis ou de consumo imediato e de medicamentos e suspende, de forma generalizada, prazos prescricionais e decadenciais.

Outros países optaram por regramentos mais diretos, como redução parcial de valores de aluguéis para pagamento parcelado futuro, com condições rígidas estabelecidas, como Portugal, com proibições específicas de despejo e de incidência de juros de mora, entre tantas outras previsões.

Com esse quadro, há demandas chegando ao Poder Judiciário justamente tratando dos impactos da Covid-19 e com elas há uma tendência de, por ninguém desconhecer a pandemia e a severa restrição que significou, acreditar-se que as relações contratuais foram todas atingidas e de igual forma, isto é, soluciona-se a parte fática a partir de "fatos notórios" em uma "estandardização" do contexto probatório, passando a discutir "apenas" a interpretação da lei, do cabimento ou não de uma intervenção no contrato e fórmulas automáticas de equilíbrio.

3. Relações entre norma, fato, direito e convencimento motivado

O processo na fase de conhecimento existe para definição de questões de fato e de direito. No plano abstrato, o direito regula a vida em sociedade (direito material) apresentando descrições para identificação, nos casos concretos, dos elementos que legitimam, conferem a alguém a fruição de um bem da vida.

Na feliz expressão de Francesco Carnelutti,[9] na relação entre abstrato e concreto, em que há uma balança com dois pratos, em um é

[9] CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. Trad. A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1942.

colocado o *conceito*, em outro uma *imagem*. É a avaliação jurídica do fato que decorre do confronto entre conceito lançado *na norma* e imagem fornecida pela *realidade*.

A "extração" dessa imagem fornecida pela realidade é um trabalho probatório.

A prova é método, extra ou endoprocessual, voltado à constatação da ocorrência ou inocorrência de fatos, tão só para esse fim[10] ou para permitir a avaliação jurídica deste e, por conseguinte, viabilizar a busca de soluções autocompositivas, evitar ou justificar uma demanda, ou permitir, mediante fundamentação, a definição sobre fatos relevantes para solução de questões de direito.[11]

4. A relação entre os momentos da prova e prova do fato, fato notório, indícios, presunções, máximas da experiência e ônus da prova

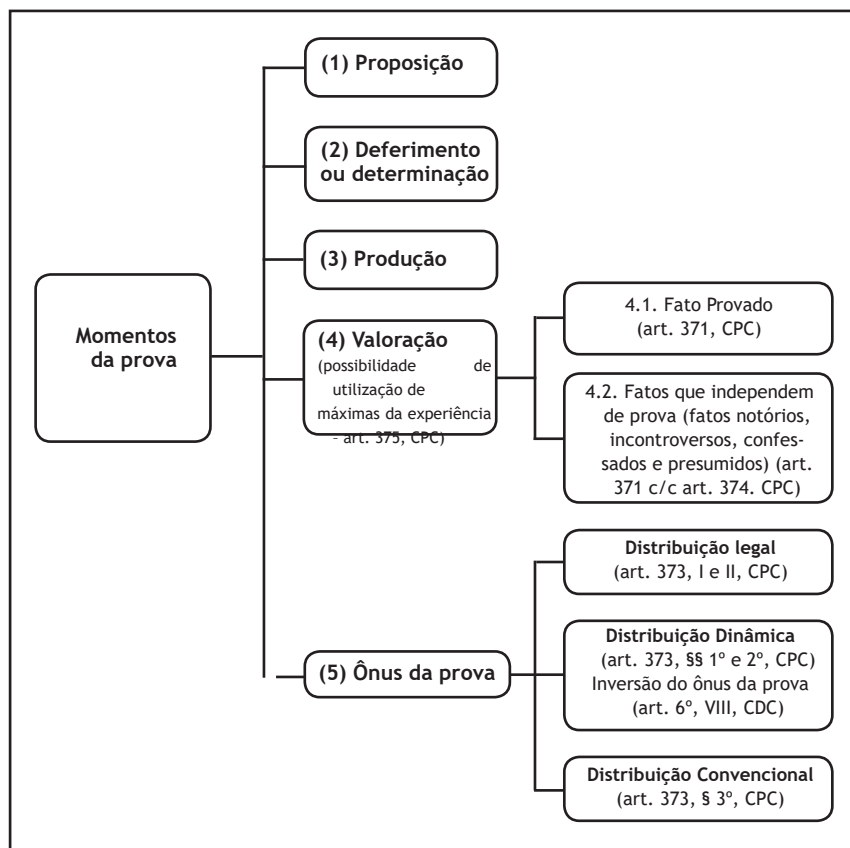
O caminho comum para viabilizar a valoração probatória é a instrução, com o emprego de meios de prova típicos e atípicos, enquanto instrumentos para alcance de informações relevantes junto a pessoas, coisas e fenômenos da natureza (fontes de prova), esperando que, desse trabalho, surjam os elementos necessários (prova enquanto resultado) para o julgamento.

Entender os momentos da prova é extremamente relevante para não confundir as técnicas com os momentos de utilizá-las.

Os momentos da prova não são 3 (três), nem 4 (quatro), como a doutrina normalmente apresenta, mas sim podem ser identificados 5 (cinco) momentos não incidentes obrigatoriamente nesta ordem: proposição, deferimento ou determinação, produção, valoração e ônus da prova, este último, quando não for possível a definição da questão

---

[10] Como na exibição de documento ou coisa, ou como uma das funções do *habeas data*.

[11] No processo, a palavra "prova" é polissêmica, ora significando atividade (*actio probandi*), ora meio (documental, pericial, testemunhal...), ora resultado (demonstração da ocorrência ou inocorrência de um fato), e a sua definição permite ilustrar a sua função no direito, o que hoje é identificável no ordenamento jurídico brasileiro também pelo disposto no art. 381 do CPC.

fática na valoração, incidindo como solução para evitar o *non liquet* da questão de fato.

MOMENTO (1) *Proposição*, em que o interessado requer a produção de determinadas provas, devendo relacionar as "questões de fato" e a demonstração de maior eficiência de determinados "meios de prova" para o respectivo esclarecimento;

MOMENTO (2) *Deferimento ou determinação*, em que o juiz defere as provas requeridas como regra, sem necessidade de fundamentação,

ou determina provas, mesmo de ofício (art. 370, *caput*),[12] desde que demonstre a eficiência destas para o esclarecimento das "questões de fato". Excepcionalmente (previsão de exceção prevista no parágrafo único[13] do art. 370), cabe o indeferimento das provas inúteis ou meramente protelatórias, mediante fundamentação com a demonstração da falta de potencialidade para o esclarecimento (inutilidade) ou de não se precisar do meio para o objetivo descrito (desnecessidade);

Em relação ao momento do "deferimento ou determinação de provas", em que definido o meio de prova mais apto ao esclarecimento do fato probando, há a incidência da máxima eficiência do meio probatório, em que se busca o meio de prova típico ou atípico mais eficiente para seu esclarecimento.

Rigorosamente, não há na atipicidade (meio de prova ou modo de produção não previsto em lei) uma imposição de subsidiariedade em relação à tipicidade, mas sim que o meio de prova seja o mais eficiente para o caso concreto, o que significa reunir melhores condições (potencialidade) para o esclarecimento do fato probando, observando o contraditório (art. 370, *caput* c/c arts. 6º a 10º, do CPC e art. 37, da CF).

MOMENTO (3) *Produção da prova*, em que deve se buscar um estado ótimo no emprego dos meios de prova, o que se realiza a partir do *princípio da máxima eficiência dos meios probatórios* e do emprego de *técnicas executivas probatórias típicas e atípicas,* o que se faz a partir de uma pergunta:

"A regra literalmente prevista permite identificar a melhor forma de esclarecer o fato probando ou, ao contrário, impede ou dificulta o alcance de melhores resultados?"

Se a resposta for que impede ou dificulta o alcance de melhores resultados, pela incidência da *máxima eficiência dos meios probatórios,* comando de otimização identificado no artigo 37 da CF[14] e nos

---

[12] "Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único [...]".

[13] "Art. 370. [...] Parágrafo único. O juiz indeferirá, em *decisão fundamentada*, as diligências inúteis ou meramente protelatórias."

[14] CF: "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e *eficiência* [...]".

arts. 6º, 7º e 8º, do CPC c/c art. 370, *caput* do CPC[15], a conclusão será: deve-se parametrizar a produção da prova, flexibilizando o estabelecido genericamente pela lei, na busca de melhores chances de esclarecimento (mandado de otimização), pois incabível que uma prova reconhecidamente necessária e útil (art. 370, *caput*) tenha, no plano abstrato, regras que no *caso concreto* não levem ao esclarecimento do fato probando ou até o impeçam.

Regras procedimentais probatórias são gerais e, como tal, para a maioria dos casos aplicáveis com eficiência, contudo, quando em casos específicos, diferentes, isto não se dá, não há aplicação com eficiência devido a certas peculiaridades, assim viola-se simultaneamente a isonomia, precisando tratar desiguais de maneira desigual (igualdade real), e a eficiência, comando que incide para encontrar outro caminho para efetivos resultados.

Por exemplo, por vezes a determinação de exibição de um documento em poder da parte contrária é suficiente para o alcance do resultado ótimo esperado (a exibição do documento), pois a regra usual é que se a parte contrária não exibe ou não apresenta justificativa, serão presumidos verdadeiros os fatos que a parte pretendia provar com o documento (art. 400, *caput*); contudo, há casos em que o conteúdo do documento é desconhecido e, portanto, impossível a incidência da presunção como técnica coercitiva para estimular a exibição, então será necessária a busca de uma outra *técnica executiva probatória*, como a fixação de multa (astreintes) para que a parte exiba (art. 400, parágrafo único), sendo esta normalmente utilizada apenas para exibição de documentos em poder de terceiros, que, naturalmente, não têm estímulo por presunções que recairiam sobre parte do processo.

---

[15] CPC: "Art. 6º *Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si* para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. Art. 7º É *assegurada às partes paridade de tratamento* em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório. Art. 8º *Ao aplicar o ordenamento jurídico*, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a *eficiência*."

Pode ocorrer que, durante a "produção" de uma prova pericial, um documento não seja entregue ao perito ou aos assistentes técnicos que solicitaram à parte que o detém. Embora seja um dever-poder do perito e de assistentes técnicos a solicitação de documentos (§ 3º do art. 473), quando isso não ocorre, imprescindível incidir regra que se relaciona ao alcance dos objetivos, que está na regulamentação de "prova documental", e, mesmo que não houvesse o dispositivo, caberia a incidência da cláusula geral de coerção de decisões judiciais prevista no art. 139, IV, do CPC combinada ao "dever-poder" do juiz de adequar a produção dos meios de prova "às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito" (art. 139, VI, do CPC), que pode ser do "direito à prova" e do "direito de provar".

MOMENTO (4) *Valoração da prova*, em que o juiz analisa o conjunto probatório, independentemente de qual sujeito a produziu (art. 371) e profere uma decisão envolvendo a questão de fato e que trataremos a seguir.

MOMENTO (5) *Ônus da prova,* aplicável para evitar o *non liquet* instrutório, ou seja, diante da "insuficiência do material probatório",[16] haverá a necessidade de incidência de uma "solução" residual (*ultima ratio*), que trará uma posição negativa para aquele que tinha o ônus da prova, em regra, atingindo a quem o fato aproveitaria (art. 373, I e II, do CPC), salvo inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC) ou distribuição dinâmica (§§ 1º ao 3º do art. 373, do CPC).

A solução da questão fática por "fria" e "abstrata" incidência do ônus da prova no momento da decisão não é uma alternativa para o juiz, mas uma solução para a falta de alternativa.[17] É o reconhecimento da inutilidade da instrução probatória, o decreto de falência do conjunto probatório para solução da questão de fato.

Nas palavras de Rosemberg, citado por Barbosa Moreira: "a essência e o valor das normas sobre o ônus da prova consistem na instrução dada ao juiz acerca do conteúdo da sentença que deve proferir no caso

---

[16] CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 235.

[17] FERREIRA, William Santos. *Breves comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Comentários ao art. 373. Versão digital Thomson Reuters Proview.

de que não se possa comprovar a verdade de uma relevante afirmação de fato”,[18] por isso, em essência, uma regra de julgamento.

Como conclui Taruffo, quando se trata da “decisão final” de “sim” ou “não” sobre a verdade dos enunciados sobre fatos, “a prova de sua falsidade e a ausência de provas suficientes de sua verdade são situações equivalentes”.[19]

É uma constatação pesada, pois o resultado de não provar é equivalente ao resultado da parte contrária, por exemplo, provar que o fato não ocorreu!

Quando há valoração (momento 4), ocorre a análise do conjunto probatório[20] (incidindo o princípio da unidade probatória), não sendo relevante quem produziu a prova, mas sim a sua potencialidade de esclarecimento da questão de fato (comunhão da prova).

A prova, em regra, não põe as partes ou o juiz em contato com o fato, mas com elementos que permitam deduzi-lo a partir de inferências que serão viabilizadoras da demonstração da qualidade para o convencimento judicial, por isso a denominação convencimento judicial motivado (art. 371).

A atividade judicial relacionada às questões de fato não é controlada por regras legais preestabelecidas que imponham meios de prova específicos e seu grau de eficácia no convencimento, porém, a determinação de motivação (convencimento motivado) procura estimular uma qualidade dessa análise e uma forma de controle dela

> para que esta análise e a correlata conclusão por uma afirmação não se percam pelo critério exclusivista do julgador, mas sejam, ou possam ser apreciadas pela crítica de todos os demais julgadores, denominem-se estes sociedade ou seus magistrados, a doutrina e a lei estabelecem princípios pelos quais se guia o processo destinado a formar o convencimento.[21]

---

[18] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento e ônus da prova. *In:* BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1988. 2. série, p. 76.

[19] TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Trad. Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 132-133.

[20] Unidade probatória é um princípio fundamental que orienta o momento da valoração em que uma questão de fato é, ao final da instrução, analisada a partir de todo o conjunto probatório, passando

Para julgar uma questão de fato *não* são admissíveis impressões pessoais, mas a demonstração efetiva da existência de elementos que permitam afirmar que um fato ocorreu ou não. Michele Taruffo, analisando sistemas de inúmeros países, faz uma conclusão severa: "Un principio general existente em todos los sistemas procesales establece que el juez no puede tomar em cuenta ningún hecho del que haya tenido noticia privada y que no haya sido debidamente probado".

Isso não significa que sempre é necessária a produção de prova e o seu resultado seja o esclarecimento da questão de fato, pois quando chega o momento da valoração (momento 4), em algumas situações, mesmo sem prova, admite-se o fato como *se provado estivesse*. *São vetores de conclusões acerca de questões fáticas,* pelo reconhecimento legal de sua razoabilidade para definição da questão de fato. Exemplos desses, temos no CPC Brasileiro o disposto no art. 374:

> Art. 374. Não dependem de prova os fatos:
>
> I – notórios;
>
> II – afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;
>
> III – admitidos no processo como incontroversos;
>
> IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Rigorosamente, a lei (art. 374) não pode impor ao juiz raciocínio prevalecendo um fato presumido, quando há prova em contrário nas presunções relativas, isso ninguém questiona, contudo, quando se trata de confissão, fatos incontroversos e notórios, parece que há um "óbice" legal e não há!

Os *vetores de conclusões acerca de questões fáticas,* são simplificadores na "falta" de "prova (direta) do fato" e não substitutivos impositivos.

---

por este e buscando identificar os elementos relevantes para o esclarecimento do fato probando que, normalmente, não é solucionado a partir de uma única prova, mas de diversas técnicas e provas apreciadas e relacionadas a partir de raciocínios probatórios, representando a valoração de um ato complexo para cada fato probando (v. FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. p. 261-276.

Como já tive oportunidade de sustentar,[22] o art. 374 não impede a produção de provas (momento 3) ou que haja julgamento contrário aos fatos notórios, presumidos, confessados ou incontroversos (momento 4), apenas apresenta facilitadores, liberatórios do ônus probatório. Na ausência de esclarecimentos (que podemos ilustrar como momento 4.1.), ainda não incide o ônus da prova (seria momento 5), mas sim os vetores de conclusões fáticas (para ilustrar momento 4.2.), desde que não haja no conjunto probatório elementos que os contradigam, não sendo por outro motivo que estão colocados ao lado das regras do ônus da prova.

Por outra forma, pode-se dizer que os vetores de facilitação de conclusões acerca das questões fáticas aplicam-se no momento da valoração, salvo existência de prova direta em contrário. A apresentação primeiro do fato provado decorre da sua prevalência em relação aos facilitadores.

Há uma diferença marcante entre fato que independe de prova (art. 374) e fato provado (art. 371), prevalecendo este último, quando em contradição com os facilitadores.[23] Afinal, se há prova direta esclarecendo a questão fática, descabida a incidência de vetores de conclusões fáticas, já que não há o que facilitar ou liberar do ônus. A convicção está acima dos vetores.

A ordem preferencial no momento 4 (valoração) é:

> i) *fato provado* (art. 371), para cuja consideração podem ser empregados raciocínios críticos, envolvendo *máximas da experiência* (art. 375);
> ii) *fato que independe de prova* (art. 371 c/c art. 374) (vetores de conclusões fáticas: *fato notório, fato incontroverso, confissão e presunção*); os vetores provocam na realidade, quando presentes,

---

[21] AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial*. São Paulo: Max Limonad Editor, 1970. v. I, p. 19.

[22] FERREIRA, William Santos. *Breves comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. comentários ao art. 374. Versão digital Thomson Reuters Proview.

[23] Ibidem. Moniz de Aragão dizia que o juiz. no momento do julgamento. emprega a análise da reunião de provas e das regras aplicáveis na solução de questões de fato. (MONIZ DE ARAGÃO, Egas. Relatório brasileiro – Direito à prova. *RePro – Revista de Processo*, n 39, p. 116-117).

> mesmo sem a prova do fato, o mesmo resultado do fato provado; contudo, a parte contra a qual incidem os facilitadores (vetores de conclusões fáticas), pode produzir provas durante a instrução (momento 3), para justamente esclarecer diretamente o fato probando, se bem-sucedida, a iniciativa provoca a hipótese "i" "fato provado" (*rectius*: esclarecido);

Agora, sem a presença das hipóteses "i" e "ii":

> iii) incide o momento 5: ônus da prova (invertido ou não, com distribuição dinâmica ou não) (art. 373, *caput* e §§ 1º a 3º e art. 6º, VIII, do CDC);

Alcançamos o centro nevrálgico.

A pandemia e o próprio reconhecimento normativo de sua ocorrência e de implementação de restrições de atividade e movimentação em geral provocaram na sociedade um *conhecimento público* e, em razão disso, as demandas judiciais têm sido propostas usualmente com a perspectiva de que há uma liberação do ônus da prova, uma vez que a pandemia é "fato notório".

A situação é delicada e precisa de cuidados.

Por *fato notório* devemos considerar aqueles que sejam de conhecimento de uma parcela da sociedade em determinado momento histórico ("patrimônio estável de conhecimento", na linguagem de Betti, adotada por Moacyr Amaral Santos)[24], podendo ser de uma determinada região, estado, País ou mesmo internacional, e por tais motivos tornam uma perda de tempo a discussão sobre eles (*notoria non egent probatione*), pelo menos na perspectiva daquele a quem o fato aproveita e para o Estado-Juiz, caso não se apresente iniciativa da parte contrária ou elementos no conjunto probatório.

Friedrich Stein reconhece que são em número reduzido os fatos notórios que "pertencem à história", a maioria se situa em níveis

---

[24] AMARAL SANTOS, Moacyr. op. cit., p. 168.

inferiores do cotidiano, podendo, inclusive, ser periódicos, e dá como exemplo "la última epidemia de cólera y la huelga [greve] de los tipógrafos de 1891".[25] Atualmente podemos citar o "11 de setembro", o "impeachment de Dilma Rousseff" e a pandemia (Covid-19).

O mesmo autor destaca que não é tudo que é publicado em um jornal, por exemplo, que é fato notório.[26]

A parte que tem a seu favor o fato notório libera-se da demonstração do fato, mas não do ônus de provar a notoriedade desse fato, embora quanto mais notório, mais fácil será essa demonstração e o mesmo não precisa fazer parte do conhecimento privado do juiz, basta que este consiga acessar e reconhecer a notoriedade.[27]

Como dizia Barbosa Moreira,[28] embora o juiz que presencia fatos específicos e precisa ser testemunha não pode atuar na causa, não teria sentido nenhum proibir que o juiz utilize os seus conhecimentos gerais, como fatos notórios e máximas da experiência, assimiláveis ou assimilados como um membro de uma sociedade, sendo receptor de conhecimentos derivados do ambiente sociocultural em que vive, o que contribui para uma melhor análise, uma cognição mais adequada do caso, chegando ao ponto do emprego se tornar automático em várias situações.

Portanto, o fato notório pode ser trazido pelo juiz. Contudo, há necessidade de observar o contraditório (art. 10 do CPC).[29]

Esse é o ponto em que alguns fatos relacionados à pandemia podem ser considerados notórios.

---

[25] STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Trad. Andrés de La Oliva Santos. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990. p. 139.

[26] *Ibidem*.

[27] Moacyr Amaral Santos dá excelente exemplo de fato notório assimilável pelo juiz, mesmo sem conhecimento prévio deste: "O juiz pode ignorar a época em que se faz a colheita de café, no estado de São Paulo, mas nem por isso essa época deixa de ser notória, bastando-lhe, para conhecê-la, consultar qualquer calendário especializado ou qualquer agricultor ou comerciante de café." (*Op. cit.*, p. 167).

[28] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras da experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *In:* BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *op. cit.*, p. 62-63.

[29] DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*, 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. v. 2, p. 35.

Portanto:

> a) devem ser identificados os fatos controvertidos;
> b) dos fatos controvertidos, devem ser identificados:
> b1) quais podem ser aceitos como fatos notórios;
> b2) quais precisam seguir o caminho usual.

Por exemplo, que há uma pandemia não há dúvida desse fato notório.

Que houve uma restrição generalizada de movimentações e de serviços, salvo os essenciais, também.

Contudo, na medida em que os fatos vão se especificando, há uma *individualização do plano fático envolvendo as partes,* separando-os dos elementos gerais do que é e do que ocorre durante a pandemia.

Stein ressalva que o fato notório quase nunca é conhecido com todas as suas particularidades, mesmo em casos específicos e reiteradamente noticiados, cabendo, inclusive, além das especificidades, o cuidado *com pseudonotoriedades* que não substituem a prova.[30]

Afirmar que todos os negócios foram impactados negativamente e de forma homogênea está errado. Se alguém afirma rigoroso impacto econômico negativo deve produzir provas nesse sentido, caso isso lhe seja útil.

Se alguém alega mudança radical, provisória ou permanente, do sinalagma ou da "base do contrato" em determinada relação contratual, caberá a este a demonstração: qual era o sinalagma? Qual era a "base do contrato"? Qual foi o impacto econômico-financeiro sem que tenha a parte interessada concorrido para tal situação? Como o direito material permite revisão ou resolução do contrato e a partir de que elementos? A partir daí, definidos os requisitos, discutir as questões de fato relacionadas ao cabimento ou não de revisão contratual, resolução sem ônus ou ônus parcial, entre outras hipóteses.

---

[30] STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Trad. Andrés de La Oliva Santos. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990. p. 143.

Na adoção de fatos notórios não se deve violar o *due process of law,* pelo que, mesmo diante de fatos notórios admissíveis, é garantia fundamental das partes serem ouvidas[31] e suas manifestações serem consideradas, o que em si toca diretamente no contraditório efetivo e na ampla defesa acerca do fato notório.

Cabe então uma diferenciação clara entre "prova do fato", "fato notório", "indícios", "presunções", "máximas da experiência" e "ônus da prova".

Na "prova do fato" a solução do *fato probando* se dá pelo emprego de meios de prova (momento 3 – produção), ou seja, de instrumentos que permitam acessar a *fonte da prova* (pessoas, coisas e eventos da natureza) capazes de evidenciar a ocorrência ou inocorrência de um fato, não se empregando qualquer mecanismo facilitador, incidindo efetivamente o convencimento motivado do julgador (momento 4 – valoração), no qual este precisará demonstrar os elementos dos autos constantes que o levaram a concluir que o fato ocorreu, não sendo necessário se dirigir para o momento 5 da incidência do ônus da prova.

A "prova do fato" envolve, de uma forma geral, qualquer elemento, como eventos, comportamentos, situações ou objetos que possam ter a percepção direta do juiz,[32] por isso chamadas de *provas reais*. São de natureza *demonstrativa* envolvendo, por exemplo, fotografias, gravações de áudio e vídeo etc., o importante é a verificação de sua *autenticidade* e *fiabilidade*.

As *provas circunstanciais* são aquelas em que há um fato como premissa (*fato probans*, circunstâncias) que por inferência viabiliza conclusões acerca de um fato principal (*factum probandum*), não podendo deixar de ser destacado que é muito comum que estas decorram de uma análise complexa, isto é, decorre de várias inferências embasadas em diversas circunstâncias, se bem envolvidas.[33]

Retomando o tema da Covid-19, tomando por base elementos econômicos, financeiros, impactos em determinada relação jurídica, pode

---

[31] TARUFFO, Michele, op. cit., p. 145.
[32] *Idem*, p. 102.
[33] *Idem*, p. 102-105.

haver conteúdo relevante de elementos técnicos ou científicos, especialmente se considerarmos que cada relação contratual pode ter peculiaridades e, dependendo da situação, pode não ser correta à luz do contrato e das regras legais aplicáveis, uma intervenção judicial ou que ela tenha medições bastante sensíveis no plano econômico, para, por exemplo, manter o *equilíbrio previsto pelas partes entre as prestações*.

Esse ponto é que parece ser decisivo em muitas demandas envolvendo os impactos da Covid-19. Como manter a "base do contrato" sem frustrar expectativas ou o uso abusivo da Covid-19, se assim podemos dizer?

Em um dano, estaremos falando de provas relacionadas à culpa, ao nexo de causalidade entre esta e o dano causado, ou, no plano de fatos do produto, no Código de Defesa do Consumidor (CDC), estaremos tratando de nexo de causalidade e dano.

Por exemplo, se houvesse uma venda de máscaras e estas sequer trouxessem um grau mínimo de proteção, pois o tecido tinha tramas abertas e apenas uma camada (e não dupla), embora vendido como proteção individual contra a Covid-19, diante da situação de risco à segurança do consumidor, poder-se-ia sustentar que o ônus da prova caberia ao fornecedor de que o produto não é nocivo, perigoso ou inseguro (arts. 8º e ss., CDC). Nesse caso, há um ônus da prova especificamente regulado em lei, caso um consumidor ajuíze uma ação indenizatória por conta de danos causados ou por conta do risco a que foi exposto, seria ônus do fornecedor a demonstração que o produto não era nocivo, perigoso ou inseguro.

Por outro lado, diante de lucros cessantes de um consumidor, qual parcela é de responsabilidade do fornecedor (nexo de causalidade) e qual deriva da crise causada pela pandemia?

Em relação aos lucros cessantes ou danos emergentes, o ônus da prova é do consumidor (art. 373, I, CPC), contudo, deverá se tomar cuidado redobrado com o quanto houve de perda relacionada ao fornecedor e o quanto por conta da pandemia que atingiu a todos. Logo, dependendo do momento da perda, imputar os danos ao fornecedor pode não ser correto, por ausência de *causalidade*.

Em outra linha. Determinado contrato que estava sendo descumprido por uma das partes, o posterior surgimento da pandemia passaria a legitimar o descumprimento?

Talvez, no caso concreto, as parcelas possam ter conclusões distintas, mas, para fins de cabimento da rescisão, poderão bastar as parcelas anteriormente descumpridas.

Retomando os procedimentos relativos aos fatos probandos.

O primeiro caminho é definir os pontos controvertidos (momentos 1 e 2).

Após, a partir desses pontos controvertidos, identificar quais são fatos notórios e quais não são (na identificação momentos 1 e 2).

Nisso, já haverá um primeiro padrão relacionado à distribuição do ônus da prova (distribuição estática – *ope legis* – art. 373, I e II, CPC) a dar um norte para as partes em relação aos seus requerimentos instrutórios. O ônus da prova não foi proposto para se prestar a orientar a conduta das partes (sentido subjetivo, regra de atividade), mas sim para resolver questões fáticas não esclarecidas pelas provas produzidas (sentido objetivo, regra de julgamento). Porém, como é uma regra previamente conhecida pelas partes, acaba por ter um efeito colateral negativo,[34] que é "orientar" condutas das partes somente focando seu ônus, o que acaba por, em alguma medida, permitir uma manipulação unilateral das informações relevantes pelas partes, o que é contraditório em relação à norma fundamental de colaboração.

O juiz só utilizará o ônus da prova (momento 5 – como regra de julgamento) se o fato não for esclarecido (provado – momento 4) ou não estiverem presentes as hipóteses que liberam sua prova (art. 374 – momento "4,8")

Na fase preparatória da instrução, o ônus não norteia os deveres-poderes instrutórios do juiz, contudo, este deferirá as provas requeridas ou determinará as que entender necessárias ao julgamento de mérito (art. 370, CPC), bem como, pela forma como hoje vem

[34] Este efeito colateral negativo tanto existe que a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, CDC) e a distribuição dinâmica (art. 373, §§ 1º e 2º, CPC) têm também a função de, em alguma medida, mitigá-lo. Rigorosamente, quando as partes têm condição de produzir a prova e esta se materializa, o ônus da prova é uma regra sem relevância. Por isso, a afirmação de parcela da doutrina sustentando que o ônus da prova tem importância para os casos de não esclarecimento e aplicação como regra de julgamento. Parece muito correto, porque a utilidade do sentido subjetivo existiria apenas como elemento estratégico de manipulação não cooperativa que não só viola o dever geral de colaboração, como, especialmente, daria importância a algo que se qualificaria como um abuso de direito.

entendendo o Superior Tribunal de Justiça, analisará também, em geral antes da instrução, o cabimento ou não da inversão do ônus da prova, quando for o caso (art. 6º, VIII, CDC) e ainda eventual distribuição dinâmica (*ope judicis* — art. 373, §§ 2º e 3º, CPC).[35]

Nesse ponto merece breve ressalva, embora no inciso VIII do art. 6º do CDC seja empregada a palavra *"ou"*, isto é, "hipossuficiência do consumidor" (no plano informativo probatório) ou "verossimilhança da alegação", estes requisitos são *cumulativos*, pois não caberia ao final um ônus probatório invertido por hipossuficiência do consumidor se a sua alegação não fosse minimamente plausível ou não seria razoável falar em mera afirmação plausível sem identificação de um estado de hipossuficiência no plano informativo probatório do consumidor a justificar o tratamento diferenciado.[36]

Dito isso, vamos prosseguir.

Vejamos que a pandemia é essencialmente um estado de risco de contaminação, derivando restrições de mobilidade e de atividades em geral.

As fontes e os meios de prova (momento 3 — produção) também são impactados pela Covid-19. Por exemplo, em muitos casos a prova testemunhal poderá ser impactada, pois as pessoas, salvo núcleos familiares ou atividades essenciais, não vêm se encontrando fisicamente.

Por outro lado, o uso diuturno de redes sociais e aplicativos de comunicação poderão ampliar sobremaneira testemunhos do que "presenciado no ambiente virtual", ou mesmo visto, captado por câmera e microfone, porém, o cuidado com a "compreensão do todo real" deverá ser extremamente redobrado.

Outro impacto envolverá "provas documentais", assinaturas de instrumentos que estão sendo realizados por simples escaneamento, assinaturas com login de serviços específicos ou até meros *e-mails* ou mensagens instantâneas.

---

[35] Esse ponto tratamos no *Breves comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, arts. 369 e ss — inclusive sobre o ponto de ser regra de julgamento e não de atividade.

[36] Para um aprofundamento do tema, momentos de incidência e aplicação da inversão do ônus da prova no CDC: FERREIRA, William Santos. Limites da inversão do ônus da prova e a "reinversão" nas ações de responsabilidade civil. *In:* GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo. *Responsabilidade Civil Bancária*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 361-382.

A "nova realidade" vivida em tempos de Covid-19 importará em necessário *balanceamento* parametrizador de menor rigor, em casos justificados, pela impossibilidade ou enorme dificuldade de "obter prova", diferente de tempos normais, o que será realizado no momento 4 (valoração), podendo evitar o momento 5 (ônus da prova), cuja solução não guarda qualquer relação com a atividade crítica do julgador, como se dá no momento 4 (valoração). O juiz apenas reconhece a "incidência" do comando legal, judicial ou convencional (do ônus da prova – momento 5).

Como já disse José Fernando Simão em *lives* sobre os impactos na Covid-19 nos contratos, teremos 3 (três) realidades a considerar:

> Realidade "A" – antes da pandemia;
> Realidade "B" – durante a pandemia;
> Realidade "C" – após a pandemia.

Pelo grau de acometimento da sociedade, em escala global e de modo jamais visto na história da humanidade, os operadores do direito precisarão de "chaves seletoras" para o "emprego" de normas jurídicas, especialmente no direito probatório.

O que objetiva este trabalho é apenas ilustrar as *ferramentas* a serviço dos operadores do direito. Cada peculiaridade terá o emprego das ferramentas específicas.

O regime jurídico da prova se relaciona em estreita medida com o momento em que possível a sua obtenção, ou seja, com o momento histórico e o seu contexto; portanto, a dosimetria, especialmente para os fatos ocorridos na Realidade "B" (durante a pandemia), é sensivelmente diversa das Realidades "A" e "C" e, por conseguinte, não podemos empregar as mesmas soluções, sob pena de violar os princípios da igualdade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, em tudo centralizados no direito à prova, por consequência, em ambiente probatório efetivamente constituído por *normas* e *técnicas calibradas* à realidade vivenciada, observando a efetividade e a eficiência dos meios probatórios.[37]

---

[37] FERREIRA. William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 183-221; FERREIRA, William Santos. Transições paradigmáticas, máxima eficiência e técnicas executivas típicas e atípicas no Direito Probatório. *In:* JUNIOR, Fredie Didier; JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos Ferreira (Coord.). *Direito probatório: grandes temas do novo CPC*. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

Assim, quem alegar que não teve condições de trabalhar ou que o restaurante não pode abrir ou que a loja no *shopping* esteve fechada, porque somente restaurantes poderiam operar e, assim mesmo, apenas para *delivery* não precisará nas cidades que assim operaram produzir essas provas, pois estarão diante de fatos descritos classificados como *fatos notórios*, inclusive com restrições normativas a apoiar a demonstração da notoriedade.

Conforme acima demonstrado, os fatos notórios também podem envolver a negação de fatos (fatos negativos),[38] como a não abertura de repartições públicas, *shoppings*, Fóruns e Tribunais.

Exemplificativamente, um conhecido shopping do interior de São Paulo ficou metade dele aberto e outra metade fechada por se localizar em cidades distintas – esse caso foi muito veiculado na imprensa e teve uma situação extraordinária, porém, "notória".

Um lojista demonstrando estar na cidade que proibia a abertura, notório o fechamento. É perceptível que a situação "da loja específica" não tem uma situação notória (não há notoriedade em relação ao fechamento da loja "x"), mas, nesse caso, ela se encontra em "um complexo" (*shopping*), portanto, há um *fato notório por arrastamento*, se assim podemos dizer.

Mas isso não significa que fatos notórios não possam ser contraditados. Por exemplo, determinado restaurante, mesmo que ilegalmente, abriu ou inventou uma solução de recebimento de clientes sem risco, mesmo contra as autoridades sanitárias e teve sucesso, perdendo, inclusive, fundamento para revisões contratuais provisórias. Contudo, como há o fato notório, a situação representará fatos impeditivos do direito do autor, cujo esforço instrutório caberá a outra parte, o réu (art. 373, II, CPC).

O fato notório é muito geral, então o que há, quando se trata do caso concreto é de uma reunião de fato notório (fato base) e de um fato deduzido (presumido) para a situação específica discutida, mas isto admite prova em contrário.

---

[38] STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Trad. Andrés de La Oliva Santos. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990. p. 143-144.

Em outras palavras, no plano específico de um caso concreto as coisas podem ter ocorrido diferentemente do "novo normal" (da Realidade B), mas, nesse caso, cabe o ônus da prova à parte a quem essa "diferença" beneficia.

Repita-se, se há ônus da prova para a parte contrária, não pode a parte ser impedida de produzir provas contra o fato notório.

Mas no exemplo descrito, na ausência de provas, o fato notório e a presunção para o caso concreto prevalecerão, desde que, assim, pelos critérios expostos anteriormente, possam ser classificados.

Se aplicado com muito rigor o conceito clássico de fato notório, que representa fato concreto e evidente, o fechamento geral nem seria admissível, contudo, na Realidade "B" (durante a pandemia) a extensão de fechamento foi a regra e pelo alcance social vivenciado, plausível a admissão do fato notório, porque além de extremamente razoável diante da pandemia, haveria, como regra, um trabalho excessivo de produção de prova para algo que alcançou grande parcela da sociedade.

Esse ponto é muito importante para evitar cerceamento do direito de defesa das partes, tanto do autor quanto do réu, a depender de a quem o fato aproveita.

Por isso, os "momentos da prova" são tão importantes.

Inicialmente, o fato notório é tratado nos momentos "1" (requerimento), "2" (deferimento ou determinação) e "3" (produção de prova). E com olhos postos que o "ordinário" (do *novo normal* – "Realidade B") não precisará ser provado na produção (momento 3), mas poderá esse momento ser empregado para afastá-lo com a demonstração do "extraordinário", e como afirmava Malatesta, "Apresentando-se, pois, duas afirmações opostas, uma ordinária, a outra extraordinária, a primeira presume-se verdadeira, a segunda deve ser provada."[39]

Combinados assuntos, podemos questionar: *Os fatos notórios confundem-se com as máximas da experiência?*

---

[39] MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. 2. ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1927, p. 132.

Embora façam parte dos possíveis *conhecimentos privados do juiz*, o seu conjunto geral do saber, fato notório e máximas da experiência são distintos.

Como dizia Calamandrei,[40] eles possuem naturezas lógicas diversas. As máximas da experiência no silogismo empregado pelo juiz, os conhecimentos assimilados são de *conteúdo geral* e aplicáveis no futuro a qualquer caso semelhante, representando a premissa maior do silogismo. Já o fato notório envolve um juízo sobre *eventos concretos*, portanto, representam afirmações sobre a existência de *fatos singulares*, formando a *premissa menor*.

Essa definição de Calamandrei será fundamental para entender a análise aqui proposta.

As máximas da experiência são ferramentas do livre convencimento motivado,[41] de grande importância para o juiz no momento da valoração das provas (momento 4), sendo empregadas para auxiliar na análise do conjunto probatório, não somente funcionarão como "sinapses" entre os elementos de prova, permitindo análises críticas e raciocínios, como fornecerão elementos para a motivação na decisão. Por isso, afirma-se que o juiz não está "viculis solutus", porque na sua adoção há que motivar o emprego e a adequação da máxima à lógica e à experiência empregada,[42] não são juízos sensoriais, não podendo ser justificados por sensações.[43]

Seguindo a clássica definição de Stein: as máximas da experiência

> são definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, desligados dos fatos concretos que se julgam no processo, procedentes da experiência, porém independentes dos casos particulares de cuja observação foram induzidos e que, com base nesses casos, pretendem ter aplicação para outros novos.[44]

---

[40] CALAMANDREI, Piero. *Operer Giuridiche*, Vol. V – *La chiamata in garantia e altri studi sul processo di cognizione e sulle prove* (publicado originariamente da *Rivista didiritto processal civile* a. II, 1925, parte I, p. 273-304), Roma: Roma Ter-Press, 2019. p. 441.

[41] ROSEMBERG, Leo. *La carga de la prueba*, p. 219.

[42] MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Bogotá: Editorial Temis, 1989. p. 278.

[43] STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Trad. Andrés de La Oliva Santos. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990. p. 19.

[44] *Op. cit.*, p. 22.

As máximas da experiência são generalizações que são consideradas admissíveis por corresponderem a uma modalidade em que certos acontecimentos ocorrem na realidade, são inferências de caráter dedutivo[45] e por estarem no conhecimento geral de um homem médio, são consideradas notórias,[46] mas não são fatos notórios.

Podem ser:[47]

> i) *máximas da experiência comum*, extraídas do que ordinariamente acontece na vida em sociedade;
>
> ii) *máximas da experiência técnica*, podendo surgir de determinados ramos do conhecimento, mas que assumidamente aceitos: economia, médico, psicologia, engenharia, física;
>
> iii) *máximas da experiência axiológica,* relativas aos juízos de valor que integram o patrimônio cultural da comunidade, acessíveis ao homem médio (pais são os que criam… dar a cada um o que é seu…);

Nos tempos de pandemia, o fechamento de inúmeras atividades, as restrições de mobilidade, as dificuldades de aquisição de produtos de proteção para os profissionais da saúde, entre outros, são *fatos notórios*, contudo, motoboys que trabalhavam com entregas de documentos e tiveram um impacto imediato de falta de receita, é uma *máxima da experiência,* pois sabe-se que dificilmente documentos foram entregues no período em que escritórios e empresas estiveram fechados ou operando em *home office,* uma vez não precisando circular documentos, deduz-se que não haverá trabalho, nem auferirá ganhos (máxima da experiência acerca dos riscos dos profissionais autônomos).

E aqui é necessário um cuidado com as diferenças *entre indícios, máximas da experiência e presunções*.

---

[45] SOUZA. Luís Filipe Pires de. *Prova testemunhal*. Coimbra: Almedina, 2013. item 11.1.4.

[46] STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Trad. Andrés de La Oliva Santos. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990. p. 26. O autor ressalva que vão assumindo cada vez maior grau de confirmação quando as máximas são confirmadas por novos casos, o que não afasta a possibilidade de serem, diante de uma nova identificação, afastadas. p. 29.

[47] SOUZA. Luís Filipe Pires de. *Prova testemunhal*. Coimbra: Almedina, 2013. item 11.1.2.

Máximas já tratamos, então vejamos indícios e presunções.

As presunções, quando previstas em lei, são denominadas de presunções legais, em geral são presunções relativas que admitem prova em contrário. Quando houver "prova do fato" demonstrada por um meio de prova (momento 4.1.) fica afastado o emprego da presunção[48] (momento 4.2.)

A presunção não é meio de prova, nem instrumento para coleta de informações em fontes de prova, é um raciocínio que se dá *in mente iudicis*,[49] parte de um fato conhecido (fato base/indício/fato indicativo) e por um raciocínio chega-se a um fato presumido.[50] Nas palavras de Helio Tornaghi,[51] indício é o fato indicativo e a presunção o fato indicado.

As presunções são *legais* (previstas na lei, sendo: relativas – admitindo prova em contrário ou absolutas) ou *judiciais* (*hominis* ou simples). Estas últimas ocorrem por meio de raciocínios do juiz na valoração (momento 4).

O *indício* "é fato que serve de premissa do raciocínio para a presunção", portanto, ele precisa ser comprovado para ser o fato base da presunção judicial (*hominis*). Normalmente os indícios são fatos que isoladamente não solucionam a questão de fato, porém a reunião destes a raciocínios judiciais podem levar à conclusão de que um fato ocorreu, ter-se-á um *fato presumido*. Por isso, afirma-se que o fato presumido independe de prova.

Feitas as considerações, retomemos a relação com a pandemia. No caso do motoboy de entrega de documentos que não teria trabalho, esse fato pode ser questionado, porque a pessoa passou a trabalhar com entrega de mercadorias de supermercado com sua moto. Esse fato até precisaria ser provado (art. 373, I e II, CPC), porém sendo fato notório, que aumentou enormemente a demanda por entregadores, pode, ao final da instrução, com indícios da realização de uma atividade, o juiz considerar que o motoboy dedicado a entrega de

---

[48] PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. tomo IV, p. 279.

[49] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. *In:* BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *op. cit., de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 57.

[50] FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da Prova Cível*, op. cit., p. 314.

[51] TORNAGHI, Helio. *Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 4, p. 320.

documentos passou a trabalhar em outro segmento no mesmo modelo (utilização da moto). Indícios podem auxiliar nesse reconhecimento de um novo trabalho, como a troca por uma moto nova, em que o indício permite um raciocínio probatório, embasado em uma máxima da experiência: quem em uma crise troca moto antiga por uma moto mais nova, não deve estar passando por falta de trabalho, mas até a utilizando para tal.

Alguns fatos gerais nesse momento de pandemia serão considerados fatos notórios, mas suas consequências, dependendo da situação concreta, podem ser "fatos notórios" (se identificados) ou "máximas da experiência" (raciocínios dedutivos), quando compreendidos em relação ao que ordinariamente ocorre.

Como se observará, as máximas da experiência são aplicáveis pelo juiz quando realiza *raciocínios probatórios* e não há uma restrição geral, salvo quando envolverem conhecimento técnico ou científico específico, necessitando de prova pericial (art. 375, CPC) (momento 3), por isso levam ao esclarecimento do fato probando durante a valoração probatória (momento 4), tornando desnecessária a indesejada incidência do ônus da prova (momento 5).

Os fatos notórios, por sua vez, envolvem a solução de fatos determinados, que na pandemia são os "gerais" (ordinários), que não precisam ser provados (momentos 1, 2 e 3), contudo, podem ter prova em contrário (como também fatos incontroversos, presunções relativas e confissões – art. 374) (momentos 1, 2 e 3), por isso, não havendo prova em contrário (considerada no momento da valoração – momento 4), são admitidos esses fatos, tornando desnecessária a indesejada incidência do ônus da prova (momento 5).

Para cada questão de fato, somente quando superadas todas essas etapas é que incidirá o ônus da prova (momento 5), conforme o caso:

> i. definido na lei – cabendo ao autor os fatos constitutivos do seu direito e ao réu os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (art. 373, I e II, CPC);
> ii. por decisão judicial distribuído (art. 373, §§ 1º e 2º, CPC ou art. 6, VIII, CDC);
> iii. ou convencionado pelas partes (art. 373, §§ 3º e 4º, CPC).

A aplicação do ônus da prova para "solução" (abstrata) de uma questão fática, como dito, é indesejada, residual e seu antecedente lógico indispensável, explicitamente reconhecido ou não, é a falência da instrução probatória para solução da questão fática por raciocínio probatório judicial.

Só este último elemento parece justificar a função do ônus da prova no sistema, por impor a demonstração e revelar a triste perspectiva de inutilidade de tudo que foi realizado (não adiantou nada...), já que a "questão de fato" "solucionada" por ônus da prova é o mesmo que "solucionada" por "cara ou coroa", se bem que ao lançar a moeda há aproximadamente 50% (cinquenta por cento) de chance para cada hipótese, enquanto o ônus da prova...

A responsabilização dos sócios da sociedade falida e a tutela do consumidor no procedimento falimentar

Marcelo Barbosa Sacramone[1]
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Felipe Koury[2]
Advogado

Sumário: Introdução. 1. A autonomia patrimonial da pessoa jurídica. 2. Extensão de falência e responsabilização dos sócios. 3. A desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor. 4. A falência do fornecedor e a impossibilidade de desconsideração da personalidade jurídica pelo Juízo Universal no processo falimentar. Conclusão. Referências

Introdução

O isolamento social, decorrente das medidas sanitárias para conter a disseminação da pandemia da Covid-19, acarretou a paralisação de parte das indústrias, fechamento do comércio físico, shoppings, proibição de voos. O varejo total do Brasil, de março a junho de 2020, teve redução de 28,1%. Desse, o setor de serviços foi o mais afetado, com redução de 62,4% entre primeiro de março e 27 de junho de 2020.[3]

---

[1] Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e da Escola Paulista da Magistratura. Juiz de Direito da 2a Vara de Falência e Recuperação Judicial do Foro Central da Comarca de São Paulo.
[2] Advogado e Mestrando em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
[3] CIELO. Impacto do Covid 1 no varejo brasileiro. *Boletim Cielo*, 31 ago. 2020. Disponível em: https://bit.ly/325a0iG. Acesso em: 4 jul. 2020.

O aprofundamento da crise econômico-financeira, com a redução do Produto Interno Bruto, decerto implicará maior quantidade de decretações de falência no Brasil. Num cenário pessimista, com queda do PIB de 10%, estima-se que ocorram 2155 pedidos de falência em 2020 no Brasil, um aumento de 52% em relação a 2019.[4]

O comprometimento do setor de varejo aliado a um aumento esperado das decretações de falência implicarão efeitos sobre milhares de consumidores. Produtos adquiridos deixarão de ser entregues, serviços contratados não serão prestados e os diversos consumidores tornar-se-ão credores de massas falidas.

Por seu turno, no procedimento falimentar, as pesquisas jurimétricas realizadas indicam que o procedimento falimentar dura em média 9,2 anos e que a liquidação dos ativos do devedor falido permitem a satisfação de apenas 12,4% do valor total dos créditos.[5] Diante dessa realidade, classificados como credores quirografários e diante da ordem legal de pagamento do procedimento falimentar, conforme prevista no art. 83 da Lei 11.101/05, os consumidores não terão, na imensa maioria dos casos, seus créditos satisfeitos.

Nesse aspecto, a possibilidade de responsabilização patrimonial de sócios poderá ser a única forma necessária de ressarcimento dos consumidores diante da decretação falência do fornecedor. Sua análise exige a abordagem da extensão da falência aos sócios e da desconsideração da personalidade jurídica nas relações de consumo.

1. A autonomia patrimonial da pessoa jurídica

A personalidade jurídica é concebida pelo direito aos entes coletivos como uma forma de, pela teoria da realidade técnica da pessoa jurídica,[6] satisfazer os interesses humanos conforme os valores sociais.

---

[4] NUNES, Marcelo Guedes; TRECENTI, Julio; DALEFFI, Bruno. “Como o Coronavírus afetará as falências?” *O Consumerista,* 25 mar. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3lTVcvn. Acesso em: 4 jul. 2020.

[5] JUPETIPE, Fernanda Karoliny Nascimento et al. Custos de falência no Brasil comparativamente aos estudos norte-americanos. *Revista Direito GV,* v. 13, n. 1, p. 29-30, jan.-abr. 2017.

[6] São adeptos da referida teoria SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. Napoli: Casa Editrice Dott Eugenio Jovene, 1954, p. 23; FERRARA, Francesco. *Gli imprenditori e le società*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1952; FIORENTINO, Adriano. *Gli organi delle società di capitali*. Napoli: Casa Editrice Dott Eugenio Jovene, 1950, p. 2.

Pela personalidade jurídica, permite-se a unificação dos direitos e de obrigações em um único titular como forma de facilitar as persecuções do fim que motivou sua criação.[7]

A personalidade jurídica permite que o conjunto de pessoas que a constituiu se diferencie do ente criado.[8] Essa autonomia patrimonial é ínsita ao conceito de personalidade jurídica e assegura que o ente coletivo passe a ser titular de direitos e sujeito de obrigações. Como pessoa, o ente coletivo passa a responder com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento das obrigações por ele contraídas, nos termos do art. 789 do Código de Processo Civil.

A responsabilidade secundária, no direito brasileiro, é medida excepcional e exige manifestação voluntária ou determinação legal. Além da assunção voluntária do débito, a responsabilização patrimonial de terceiros poderá ocorrer, dentre outras hipóteses, nos casos em que a lei determine que os sócios responderão pelas dívidas contraídas pela pessoa jurídica. Nessas hipóteses, a responsabilidade dos sócios será sempre subsidiária e exigirá o exaurimento prévio dos bens sociais.

Na sociedade limitada, tipo societário mais frequente no Brasil, os sócios responderão pelos débitos contraídos perante terceiros, solidariamente entre si, apenas na hipótese de não integralização do capital social e até o valor remanescente. Na sociedade anônima, por seu turno, a responsabilidade de cada acionista é limitada ao preço da emissão de suas ações subscritas. A responsabilidade ilimitada dos sócios pelas obrigações contraídas pela pessoa jurídica fica restrita a tipos societários empresariais em desuso, como a sociedade em comandita ou em nome coletivo.

A excepcionalidade dessa responsabilização decorre do incentivo legal à limitação do risco do empreendimento como forma de incentivar o desenvolvimento das atividades e, por consequência, da

[7] "La personalità è una forma giuridica, non un ente in sè. È un modo di regolamento, un procedimento d'unificazione, la forma legale che certi fenomeni d'associazione e d'organizzazione sociale ricevono dal diritto obbiettivo. La persona giuridica non è una cosa, ma un modo d'essere delle cose" (FERRARA, Francesco. *Teoria delle persone giuridiche*. 2. ed. Napoli: Eugênio Marghieri, 1923, p. 368).

[8] Previa o art. 20 do Código Civil de 1916, que "as pessoas jurídicas têm existência distinta da de seus membros".

circulação de riqueza. Por essa razão, institutos como a extensão da falência e a desconsideração da personalidade jurídica devem ser bem compreendidos, sob pena de comprometer o próprio desenvolvimento econômico nacional.

2. Extensão de falência e responsabilização dos sócios

O artigo 81 da Lei 11.101/05 dispõe que a decretação da falência da sociedade implicará a extensão da falência ao sócio com responsabilidade ilimitada. Independentemente de qualquer confusão patrimonial ou utilização fraudulenta da personalidade jurídica, a insolvência da sociedade implicará automaticamente a decretação da falência do seu sócio ilimitadamente responsável, com a arrecadação de todo o seu patrimônio individual para a satisfação dos credores, tanto da sociedade quanto particulares.

A disposição reproduzia o art. 6º da Lei 2.024/1908, a qual já era criticada pela doutrina e não teria sido reproduzida no Decreto-Lei 7.661/45,[9] justamente por não distinguir a pessoa jurídica da personalidade jurídica dos sócios que a compunham e que sequer precisavam ser empresários.[10] Sua concepção é decorrente de uma pressuposição incorreta de que o sócio de responsabilidade ilimitada também seria insolvente, pois não teria conseguido evitar o inadimplemento da pessoa jurídica que integra.[11] Outrossim, desconsidera que, a despeito de serem ilimitadamente responsáveis, sua responsabilidade seria apenas

---

[9] O art. 5º do Decreto-Lei 7.661/45 dispunha que “os sócios solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações sociais não são atingidos pela falência da sociedade, mas ficam sujeitos aos demais efeitos jurídicos que a sentença declaratória produza em relação à sociedade falida. Aos mesmos sócios, na falta de disposição especial desta lei, são extensivos todos os direitos e, sob as mesmas penas, todas as obrigações que cabem ao devedor ou falido”.

[10] Na lição de Valverde, “a circunstância, portanto, de revestir uma sociedade mercantil certa forma legal, que impõe aos sócios ou a alguns deles, responsabilidade solidária e ilimitada, aliás, subsidiária, pelas obrigações ou dívidas sociais, não justificava o preceito da lei revogada, que os considerava falidos em consequência da falência da sociedade. A solidariedade nas obrigações não confunde os indivíduos, devedores solidários, cujos patrimônios continuam distintos, cada um com o seu dono” (VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954. v. I, p.77).

[11] Para Toledo, “pela própria natureza da composição societária, esses sócios respondem com seus patrimônios pessoais pelas obrigações assumidas pela sociedade, em solidariedade com esta. Assim, se estas vêm a falir, os bens desses sócios também responderão pelas dívidas sociais, juntamente com

subsidiária, na medida em que se trata de responsabilização secundária e não primária.

A extensão, entretanto, restringe-se às pessoas jurídicas cujos sócios possuem tipicamente responsabilidade ilimitada, como as sociedades em comandita e as sociedades em nome coletivo. Os sócios com responsabilidade limitada não têm a si a falência estendida. Pela Lei de falência, nos termos do art. 82, referidos sócios ou os administradores da sociedade falida poderão ser responsabilizados apenas pelos prejuízos que, caso tenham agido com culpa ou dolo no exercício de suas funções sociais, tenham causado à pessoa jurídica.

Pelo dispositivo legal, a responsabilização dos sócios de responsabilidade limitada e dos administradores decorre de uma responsabilidade primária, por atos próprios. Apenas os sócios ou administradores que tiverem descumprido seus deveres sociais poderão ser responsabilizados. Sua responsabilização ocorrerá na exata medida do prejuízo culposo causado, independentemente da capacidade da massa falida de satisfazer ou não toda a coletividade de credores.

Tanto a extensão da falência aos sócios ilimitadamente responsáveis como a responsabilização dos sócios de responsabilidade limitada pelo descumprimento culposo de seus deveres sociais serão apuradas no Juízo Falimentar. O Juízo do principal estabelecimento do devedor (art. 3º da Lei 11.101/05) será o exclusivo e absolutamente competente para a análise de todas as ações disciplinadas pela Lei Falimentar em que a Massa Falida figure como autora, conforme expressa previsão legal no artigo 76 da Lei 11.101/05.

Essa universalidade do Juízo falimentar permite a maximização do valor dos ativos a serem liquidados, na medida em que o mesmo Juízo arrecadará todos os bens e poderá liquidar os ativos de forma englobada. Permite também assegurar o tratamento equânime aos diversos credores, os quais serão satisfeitos em idêntica proporção em relação aos demais créditos integrantes da mesma classe e em face da massa falida.[12]

---

os da sociedade. Daí a considera-los igualmente falidos, a distância não é grande" (TOLEDO, Paulo Campos Salles de. Extensão da falência a sócios ou controladores de sociedades falidas. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 105, 2009. p. 154).

[12] "A *vis attractiva* permite a reunião do contencioso que envolva os bens, negócios e interesses do falido, que já integram a massa falida, a qual será parte nos respectivos feitos, possibilitando a

3. A desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor

A extensão da falência aos sócios de responsabilidade ilimitada e a responsabilização dos sócios de responsabilidade limitada pelos prejuízos causados por descumprimento de seus deveres fiduciários, ambos de competência do Juízo Falimentar, não podem ser confundidos com a desconsideração da personalidade jurídica.

De concepção historicamente jurisprudencial,[13] a desconsideração da personalidade jurídica foi concebida nas hipóteses em que a autonomia patrimonial da pessoa jurídica era utilizada por seus titulares para abusarem de seus direitos.[14] Para Rolf Serick, um dos primeiros a sistematiza-la, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica deveria ser compreendida como exceção à regra da autonomia patrimonial. Sua utilização, entretanto, deveria ser restrita às situações em que a pessoa jurídica fosse utilizada com intenção fraudulenta pelos sócios para evitar a aplicação de determinadas normas jurídicas.[15]

---

uniformidade de visão e economia na condução dos vários processos e incidentes que se realizam em razão do estado de falência. Com ela, fica possível se assegurar a *par conditio creditorum,* princípio inspirador do direito concursal." (CAMPINHO, Sérgio. *Curso de direito comercial:* falência e recuperação de empresa. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 287).

[13] Sua origem remonta ao precedente inglês Salomon vs. A. Salomon & Co., de 1897. Nesse *leading* case, a Court of Appeal manteve a condenação do sócio Aaron Salomon a responder pelas obrigações sociais em razão da confusão patrimonial existente com a Salomon Co. A decisão foi reformada pela Câmara dos Lordes, que manteve a autonomia patrimonial da pessoa jurídica e a responsabilizou exclusivamente pela satisfação de suas dívidas sociais.

[14] Sobre a relação do princípio da autonomia patrimonial e a desconsideração da personalidade jurídica, Fábio Ulhoa Coelho discorre da seguinte forma: "Em razão do princípio da autonomia patrimonial, as sociedades empresárias podem ser utilizadas como instrumento para a realização de fraude contra os credores ou mesmo abuso de direito [...]. Quer dizer, em determinadas situações, ao se prestigiar o princípio da autonomia da pessoa jurídica, o ilícito perpetrado pelo sócio permanece oculto, resguardado pela licitude da conduta da sociedade empresária. Somente se revela a irregularidade se o juiz, nessas situações (quer dizer, especificamente no julgamento do caso), não respeitar esse princípio, desconsiderá-lo. Desse modo, como pressuposto da repressão a certos tipos de ilícitos, justifica-se episodicamente a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária." (COELHO, Fábio Ulhoa Coelho. *Curso de direito comercial,* volume 2: direito de empresa. 20 ed. São Paulo: RT, 2016. p. 59)

[15] "Ma ciò vale solo nella misura em cui la persona giuridica venga utilizzata, in maneira lecita, nell'ambito dele funzioni ad essa assegnate dall'ordinamento giuridico" (SERICK, Rolf. *Forma e realtà dela persona giuridica.* Milano: Giuffrè, 1966. p. 276).

No Brasil, Rubens Requião foi o primeiro a sustentá-la. Em conferência proferida, o autor apregoou que a autonomia patrimonial não poderia ser utilizada para contrariar os fins pretendidos pelo direito. A desconsideração da personalidade jurídica deveria ocorrer em situações em que a autonomia patrimonial acarretaria resultados injustos e contrários ao direito.[16] Para o autor,

> se a personalidade jurídica constitui uma criação da lei, como concessão do Estado objetivando, como diz Cunha Gonçalves, "a realização de um fim" nada mais procedente do que se reconhecer ao Estado, através de sua justiça, a faculdade de verificar se o direito concedido está sendo adequadamente usado. A personalidade jurídica passa a ser considerada doutrinariamente um direito relativo, permitindo ao juiz penetrar o véu da personalidade para coibir os abusos ou condenar a fraude através de seu uso.[17]

No Brasil, o primeiro dispositivo legal a prever a desconsideração da personalidade jurídica foi justamente o Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 28.[18] Ao contrário do que posteriormente foi referendado pelo art. 50 do Código Civil, não se entendeu que a insuficiência patrimonial dos fornecedores era um resultado possível

---

[16] REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (Disregard Doctrine). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 803, p. 751-764, 2002.

[17] Op. cit., p. 754

[18] "Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.
§ 1° (Vetado).
§ 2° As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.
§ 3° As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.
§ 4° As sociedades coligadas só responderão por culpa.
§ 5° Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores".

da exploração da atividade empresarial, notadamente arriscada, e que deveria ser suportada pelos diversos contraentes com a pessoa jurídica, e não pelos sócios desta.

A previsão de desconsideração, na hipótese de consumidores, não se restringiu às fraudes ou abusos de sua atualização. Pelo dispositivo legal, a desconsideração foi estendida para todas as situações em que haja impossibilidade de satisfação do crédito do consumidor pela pessoa jurídica fornecedora.

Pelo microssistema protetivo do direito do consumidor, a responsabilização dos sócios prescindiria da demonstração de fraude. A falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração já seriam suficientes para a constrição dos bens patrimoniais dos sócios ou administradores.

Ainda que o conceito de má administração pareça continuar a exigir a culpa dos sócios ou administradores pelo fracasso empresarial,[19] o art. 28, §5º, do Código de Defesa do Consumidor torna a discussão irrelevante. Ao permitir a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica sempre que a personalidade se apresentar como um obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores, o dispositivo legal expressamente permite a responsabilização secundária dos sócios, independentemente de qualquer demonstração de culpa do sócio ou do administrador.[20]

Nesse sentido, Rizzato Nunes discorre que a intenção da lei era garantir o ressarcimento do consumidor lesado, em todos os casos,

---

[19] Em sentido contrário, NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.* 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 445.

[20] Fábio Ulhoa Coelho refuta completamente essa interpretação literal do referido dispositivo por três motivos: "Essa interpretação meramente literal, no entanto, não pode prevalecer por três razões. Em primeiro lugar, porque contraria os fundamentos teóricos da desconsideração. Como mencionado, a disregard doctrine representa um aperfeiçoamento do instituto da pessoa jurídica, e não a sua negação. Assim, ela só pode ter a sua autonomia patrimonial desprezada para a coibição de fraudes ou abuso de direito. A simples insatisfação do credor não autoriza, por si só, a desconsideração conforme assenta a doutrina na formulação maior da teoria. Em segundo lugar, porque tal exegese literal tornaria letra morta o caput do mesmo art. 28 do CDC, que circunscreve algumas hipóteses autorizadoras do superamento da personalidade jurídica. Em terceiro lugar, porque essa interpretação equivaleria à eliminação do instituto da pessoa jurídica no campo do direito do consumidor, e, se tivesse sido esta a intenção da lei, a norma para operacionalizá-la poderia ser direta, sem apelo à teoria da desconsideração." (COELHO, Fábio Ulhoa Coelho. *Curso de direito comercial,* volume 2: direito de empresa. 20. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 75).

inclusive com a criação de uma responsabilidade objetiva dos sócios do fornecedor diante de seus consumidores.[21] Desde que haja o exaurimento dos bens sociais para satisfazer os credores consumidores, a pessoa jurídica pode ser desconsiderada e os efeitos de determinadas relações de obrigações são estendidos aos bens particulares dos seus sócios.

4. A falência do fornecedor e a impossibilidade de desconsideração da personalidade jurídica pelo Juízo Universal no processo falimentar

Ainda que de acordo com a disciplina do Código de Defesa do Consumidor a desconsideração da personalidade jurídica prescinda da demonstração da fraude ou abuso, bastando a insolvabilidade patrimonial do fornecedor para a responsabilização secundária dos sócios do devedor, sua aplicação não poderá ser realizada pelo Juízo Falimentar.

A competência do Juízo Falimentar é definida como forma de permitir a preservação e otimização da utilidade produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos da empresa. Sua finalidade é a arrecadação e liquidação da Massa Falida objetiva, composta pelo conjunto de bens do devedor, assim como a melhor satisfação da Massa Falida subjetiva, composta pela coletividade de credores.

Por conta desses objetivos, a indivisibilidade do Juízo assegura que todas as ações patrimoniais em face do falido serão conhecidas pelo Juízo falimentar. Outrossim, sua universalidade impõe que todos os credores a ele se submetam para obterem a satisfação do seu crédito mediante a arrecadação e liquidação exclusivas dos ativos do devedor.

Na desconsideração da personalidade jurídica, entretanto, a responsabilização recai sobre os ativos de terceiros que não são decretados falidos. A desconsideração não se confunde com a extensão da

---

[21] NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 449. No mesmo sentido, FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 407.

falência, a qual é restrita às sociedades cujos sócios tenham tipicamente responsabilidade ilimitada, nos termos do art. 81 da Lei 11.101/05.

Não há, portanto, qualquer efeito sobre a Massa Falida objetiva. Essa não será ampliada, com a decretação de falência dos sócios, haja vista que há mera responsabilização dos sócios. Tampouco a responsabilização será primária, para ressarcir os danos provocados à própria massa falida, como assegura o art. 82 da Lei 11.101/05.

Por seu turno, também não se tutela a Massa Falida subjetiva. Ao contrário da fraude contra credores,[22] que acarretaria a anulabilidade do negócio jurídico e permitiria a desconstituição do contrato em face de todos os interessados, a desconsideração da personalidade jurídica torna apenas ineficaz a autonomia patrimonial da personalidade jurídica para permitir que determinados efeitos de algumas obrigações contraídas possam recair sobre o patrimônio pessoal dos sócios.[23]

No caso da desconsideração disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor, microssistema protetivo, a ineficácia permite que a personalidade seja levantada apenas em função de determinadas relações jurídicas, como, no caso, as relações jurídicas celebradas entre o fornecedor falido e seus consumidores. Nesse caso específico, não há a tutela da coletividade dos credores, sequer de toda uma classe, mas apenas de um grupo específico que poderá ser ressarcido em face de um patrimônio estranho à massa falida objetiva.

Dessa forma, ainda que a execução individual do credor consumidor em face de seu fornecedor deva ser suspensa, em virtude da decretação da falência do devedor, conforme art. 6º da Lei 11.101/05, a execução individual em face do patrimônio dos sócios da pessoa jurídica fornecedora poderá prosseguir no Juízo cível regularmente até a satisfação integral dos consumidores.

---

[22] VIANA, Juvêncio Vasconcelos; MONTEIRO, Arthur Maximus. Desconsideração da personalidade jurídica no projeto do Novo Código Comercial. *In:* COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes (Coord.). *Reflexões sobre o projeto de Código*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 318.

[23] Tampouco se identifica com a fraude à execução, embora ambos gerem a ineficácia. Na desconsideração, entretanto, o vício não decorre de um ato, mas se relaciona a toda uma atividade posterior à constituição da sociedade e que implicariam que os efeitos da autonomia patrimonial fossem restringidos.

Conclusão

O aprofundamento da crise econômico-financeira por conta da pandemia do Covid 19 resultará em maior quantidade de decretação de falências de fornecedores e afetará a satisfação de diversos credores, muitos dos quais consumidores.

Ainda que o sistema falimentar seja baseado no risco do empresário e pressuponha, para a extensão da falência, a responsabilidade ilimitada dos sócios, e, para a alternativa responsabilização patrimonial deles, na hipótese de sociedades cujos sócios tenham responsabilidade limitada, a prática culposa de atos danosos ao patrimônio do fornecedor falido, o microssistema consumeirista assegura a proteção aos consumidores.

A decretação da falência da pessoa jurídica do fornecedor, nesses termos, não permitirá ordinariamente o ressarcimento diferenciado dos credores consumidores pelo Juízo falimentar, com a extensão da arrecadação ou de constrições sobre o patrimônio dos sócios e em detrimento da *par conditio creditorum*.

Contudo, mesmo que a decretação da falência exija a suspensão das execuções individuais contra a massa falida, a desconsideração da personalidade jurídica permite aos credores consumidores prosseguirem com as referidas execuções nos Juízos Cíveis competentes em face dos sócios da pessoa jurídica fornecedora, em todos os casos em que o conjunto de ativos do devedor não forem suficientes para satisfazer a integralidade do crédito dos consumidores.

Referências

CAMPINHO, Sérgio. *Curso de direito comercial:* falência e recuperação de empresa. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CIELO. Impacto do Covid-19 no varejo brasileiro. *Boletim Cielo,* 31 ago. 2020. Disponível em: https://bit.ly/325a0iG. Acesso em: 4 jul. 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial,* volume 2: direito de empresa. 20. ed. São Paulo: RT, 2016.

FERRARA, Francesco. *Gli imprenditori e le società*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1952.

FERRARA, Francesco. *Teoria delle persone giuridiche*. 2. ed. Napoli: Eugênio Marghieri, 1923.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FIORENTINO, Adriano. *Gli organi delle società di capitali*. Napoli: Casa Editrice Dott Eugenio Jovene, 1950.

JUPETIPE, Fernanda Karoliny Nascimento *et al*. Custos de falência no Brasil comparativamente aos estudos norte-americanos. *Revista Direito GV,* v. 13, n. 1, p. 29-30, jan.-abr. 2017.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011.

NUNES, Marcelo Guedes; TRECENTI, Julio; DALEFFI, Bruno. Como o coronavírus afetará as falências? *O Consumerista,* 25 mar. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3lTVcvn. Acesso em: 4 jul. 2020.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (Disregard Doctrine). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 803, p. 751-764, 2002.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. Napoli: Casa Editrice Dott Eugenio Jovene, 1954.

SERICK, Rolf. *Forma e realtà dela persona giuridica*. Milano: Giuffrè, 1966.

TOLEDO, Paulo Campos Salles de. Extensão da falência a sócios ou controladores de sociedades falidas. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 105, p. 153-158, 2009.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954. v. 1.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos; MONTEIRO, Arthur Maximus. Desconsideração da personalidade jurídica no projeto do novo Código Comercial. *In:* COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes (Coord.). *Reflexões sobre o projeto de Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2013.

O PL 1.397/2020 e a tutela dos interesses do consumidor

Paulo Furtado de Oliveira Filho[1]
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: Introdução. 1. As medidas inovadoras previstas no PL 1.397/2020, visando à prevenção da crise econômica provocada pela Covid-19. 2. As medidas transitórias previstas no PL 1.397/2020, visando à alteração da Lei 11.101/2005. 3. Os beneficiários das medidas previstas no PL 1.397/2020. 4. A ausência de proteção aos interesses do consumidor no PL 1.397/2020. 5. Conclusão. Referências.

Introdução

Seguindo a orientação científica, implantou-se o distanciamento social, medida essencial no combate à pandemia da Covid-19, pois sem o "achatamento da curva" de novos contágios, não haveria suficiente estrutura hospitalar para o atendimento dos infectados, aumentando a quantidade de vítimas fatais, com grave dano às famílias.

O outro efeito do distanciamento social foi a queda na demanda por serviços e produtos não essenciais, uma vez que muitos consumidores, permanecendo em suas residências, acabaram por limitar suas despesas às necessidades básicas, como alimentação e saúde, água, luz, gás e internet.

Os indicadores econômicos já revelaram que os empresários da indústria, do comércio e dos serviços, em sua maior parte, sofreram queda sensível na demanda, o que gerou a redução de rendimentos,

---

[1] Juiz de Direito da 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo.

com risco para o cumprimento de obrigações anteriormente assumidas com empregados, fornecedores e bancos.

Diante de um cenário de incerteza quanto ao modo como se dará a retomada da atividade econômica, os empresários temem pela manutenção da queda de seus rendimentos, o que pode resultar em falta de recursos para liquidar as dívidas e na decretação de falência, caso sobrevenha o pedido por parte de algum credor insatisfeito.

Muitos empresários, experimentando o temor da falência, têm optado por preservar os recursos em caixa, renegociando as condições de pagamento com bancos, deixando de pagar fornecedores e promovendo a demissão de trabalhadores, colocando em risco a paz social.

O quadro é de incontestável gravidade e não pode dispensar atuação estatal, seja qual for a orientação política de quem está no governo, pois atenuar os impactos da pandemia da Covid-19 nas empresas e nas famílias é um dever ético de qualquer sociedade organizada.

Medidas têm sido adotadas pelo governo federal, como o programa de renda básica para profissionais sem vínculo trabalhista, a criação de uma política de crédito para custeio da folha de pagamento de empresas e a possibilidade de redução de jornada de trabalho com redução do salário e a complementação parcial da renda pelo Estado.

Ao lado dessas medidas de política econômica, foi apresentado à Câmara Federal o Projeto de Lei n. 1.397/2020, de autoria do Deputado Federal Hugo Legal (o “PL 1.397”), prevendo algumas medidas inovadoras e a introdução de alterações na Lei 11.101/2005, com o objetivo de atenuar a crise causada pela pandemia da Covid-19,

Contudo, e respeitado o entendimento em contrário, muitas das medidas previstas no PL 1.397/2020 não atenuam os efeitos da crise que atingiu as empresas, têm o potencial de sobrecarregar o Poder Judiciário, e, por fim, não protegem os interesses dos consumidores.

1. As medidas inovadoras previstas no PL 1.397/2020, visando à prevenção da crise econômica provocada pela Covid-19

O PL 1.397 é dividido em dois capítulos, o primeiro deles com o objetivo de instituir um sistema de prevenção à insolvência, e o

segundo destinado a introduzir modificações da Lei 11.101/2005, sendo objeto de exame, neste item, o primeiro capítulo, subdivido em duas seções, a saber, o da suspensão legal e o da negociação preventiva.

Antes do exame dos dois capítulos, é preciso fazer breve ressalva ao nome da seção – sistema de prevenção à insolvência –, pois prevenção consiste em adoção de medidas que impedem determinada consequência, e, nesse caso, na instituição de meios que evitem a falência do devedor.

Em países que adotam regimes de prevenção à insolvência, como a França, por exemplo, o empresário é alertado acerca da queda de sua capacidade de pagamento das obrigações exigíveis em futuro próximo, de modo a permitir uma atuação preventiva, que impeça a insolvência.[2]

Porém, a própria característica da pandemia da Covid-19, com a rapidez do contágio e a atuação estatal na imposição de medidas de isolamento social, impediu os empresários de evitarem os graves danos em sua atividade econômica, levando-os à situação de iliquidez abruptamente, e alguns deles à insolvência.

Portanto, o PL 1.397/2020 deveria ter se referido a um sistema de tratamento da crise econômico-financeira já existente e causada pela Covid-19, seja por falta de caixa, seja por falta de viabilidade econômica, embora na União Europeia haja consenso da necessidade de adoção de medidas preventivas em situações de crise previsível.[3]

Feito esse reparo, e passando agora ao exame do Capítulo I, a primeira medida que se pretende instituir é a suspensão legal de obrigações pelo prazo de 30 dias, em favor de toda pessoa jurídica de direito privado e profissional liberal, sem qualquer exigência de ordem econômica ou financeira (art. 5º).

Porém, não há sentido em permitir-se a um supermercado, que atua em setor econômico não prejudicado pela pandemia, deixar de

---

[2] Cf., nesse sentido, COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de empresas. S*ão Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 113-114.

[3] Cf. a *Diretiva EU 2019/1023 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia,* recomendando aos Estados-Membros que assegurem o acesso dos devedores a um ou mais instrumentos de alerta precoce claros e transparentes que permitam detectar as circunstâncias suscetíveis de dar origem a uma probabilidade de insolvência e que permitam avisar os devedores da necessidade de agir sem demora.

pagar o aluguel ou o preço devido a um pequeno fornecedor de frutas, pois quem deixa de receber o que lhe é devido tenderá a fazer o mesmo com seus credores.

Tal moratória, por impedir a circulação de riqueza na economia, interrompendo os fluxos monetários, poderá gerar maior instabilidade do que a própria crise decorrente da Covid-19, sendo mais adequado que os próprios agentes econômicos, por livre iniciativa e responsabilidade, façam os ajustes necessários nas suas obrigações.

É que nesse período em que todos estão afetados de alguma maneira pela pandemia, numa comunhão de perdas, dissemina-se na sociedade o sentimento de que o diálogo é a melhor forma de superação da crise, cabendo aos próprios interessados alcançar, ao menos temporariamente, o ponto de equilíbrio para a manutenção das relações contratuais, enquanto não se supera a incerteza da retomada da economia.

Além de instituir a inexigibilidade de obrigações por 30 dias, o PL 1.397 impede que o credor, pelo mesmo período, requeira a falência ou prossiga na adoção de medidas de excussão patrimonial do devedor, o que se mostra adequado, desde que as obrigações não tenham sido cumpridas por força dos impactos econômicos da Covid-19, ou seja, aquelas vencidas após 20 de março de 2020 (art. 3º., par. 1º., incisos I e II).

Superado o prazo de 30 dias, e sem necessidade de provar que tentou obter junto aos seus credores uma nova condição de pagamento, mas apenas demonstrando a redução de mais de 30% do seu faturamento em relação ao mesmo trimestre do ano anterior (art. 6º., par. 2º), o devedor poderá ingressar em juízo com o pedido de negociação preventiva.

Caso deferido o pedido, o devedor ganhará um prazo de 90 dias de proteção contra os credores (art. 6º., II), ou seja, nada poderá ser feito contra ele nesse período, durante o qual se supõe que ele negociará extrajudicialmente com seus credores e celebrará um acordo para superar a crise decorrente da pandemia da Covid-19.

Considerando que o devedor é um agente econômico que busca maximizar suas vantagens, e não havendo qualquer ônus para o ajuizamento do pedido de negociação preventiva, a tendência é que todos os agentes econômicos usem o período de 30 dias de suspensão

legal e depois ingressem em juízo para obtenção de mais 90 dias de moratória.

Portanto, o PL 1.397 cria um incentivo para que milhares de devedores ingressem no Poder Judiciário, a fim de obterem um simples provimento de autorização de negociação preventiva a ser realizada extrajudicialmente, para que assim fiquem protegidos por 120 dias.

Essa judicialização da superação da crise, apenas para que se realize uma negociação extrajudicial, está em total desacordo com todo o movimento de desjudicialização da solução de conflitos que se viu nos últimos anos, valendo lembrar da criação do inventário e da usucapião extrajudiciais.

É verdade que o PL 1.397, sabendo do desastre que pode se abater sobre o funcionamento do Poder Judiciário com a multiplicação de demandas de negociação preventiva, procura atenuar esse efeito, afirmando, em seu artigo 7º., que não cabe resposta ou manifestação do credor nesse procedimento.

Porém, não se pode impedir um credor, que tenha ciência de um fraude cometida pelo devedor, cujo faturamento não foi reduzido em 30%, de alegar em juízo que a proteção por 90 dias foi concedida sem a presença de um requisito legal, havendo, portanto, de ser cassado o benefício.

Ora, se a negociação preventiva requerida pelo devedor só poderá ser autorizada por um Juiz de Direito, é evidente que o julgador, na sequência, poderá conhecer da alegação de algum credor fundada na inexistência do requisito legal para a concessão do benefício.

A norma prevista no art. 7º. do PL, proibindo o Poder Judiciário de atuar diante da lesão a um direito dos credores, e permitindo a um devedor que se beneficie da proteção mediante fraude na comprovação do requisito legal, é flagrantemente inconstitucional.

Na sequência, após a moratória legal por 30 dias e proteção judicial contra os credores por mais 90 dias, e mesmo sem provar que efetivamente envidou esforços nas negociações e que o consenso não se deu por culpa sua, o devedor poderá ajuizar um pedido de recuperação judicial.

Deferido o processamento do pedido, as medidas dos credores contra o devedor permanecerão suspensas, e, embora a lei atual

estabeleça um prazo máximo de 180 dias de suspensão, a jurisprudência que se formou admite a prorrogação do prazo, havendo processos em que o prazo de suspensão supera 400 dias.

Com isso, o PL 1.397 cria incentivos para que um devedor utilize integralmente as três medidas acima mencionadas – suspensão legal, proteção judicial e recuperação judicial –, aumentando enormemente o seu poder de barganha na negociação da superação da crise, enfraquecendo os credores e sobrecarregando o Poder Judiciário.

2. As medidas transitórias previstas no PL 1.397/2020, visando à alteração da Lei 11.101/2005

O PL 1.397 determina a suspensão do cumprimento de todas as obrigações previstas em planos de recuperações judiciais já aprovados, pelo prazo de 120 dias (art. 11), sem considerar que há devedoras em recuperação judicial que estão com os estabelecimentos fechados, como as livrarias, enquanto outras estão aumentando suas receitas com a pandemia, como as fabricantes de equipamentos hospitalares. O pagamento de um mínimo das obrigações assumidas no plano é mais adequado do que uma moratória absoluta, especialmente porque há certos grupos de credores vulneráveis que podem ser expostos a um sacrifício exagerado, como o decorrente da suspensão de qualquer pagamento de verba alimentar por 120 dias.

O PL 1.397 deveria deixar ao exame criterioso do juízo da recuperação judicial a análise do pedido cautelar de suspensão do cumprimento de obrigações assumidas no plano, enquanto não apresentado um aditivo, pelo devedor, a ser objeto de deliberação pelos credores, reunidos em assembleia geral.

Ainda estabelece o PL 1.397 a possibilidade do devedor apresentar novo plano (art.12), incluindo credores posteriores à recuperação judicial, ou seja, permite que credores em situações jurídicas distintas – anteriores e posteriores – possam estar sujeitos às mesmas condições de pagamento, criando insegurança jurídica.

O PL 1.397 adota elogiáveis medidas de incentivo à recuperação extrajudicial (art.10) – a redução do quórum para a aprovação do plano, a iniciativa do processo condicionada a um quórum menor e a

concessão do *"stay period"* –, mas não é ousado ao ponto de incluir os créditos trabalhistas e a inexistência de sucessão em caso de alienação de ativos, o que tornaria muito mais eficiente essa modalidade de recuperação.[4]

3. Os beneficiários das medidas previstas no PL 1.397/2020

Atualmente, a Lei 11.101/2005 permite exclusivamente aos empresários o acesso à recuperação judicial e à recuperação extrajudicial, porque apenas os empresários se sujeitam à falência (art. 1º.), prestando-se as duas modalidades de recuperação a evitar que empresas viáveis sejam liquidadas. Já o PL 1.397, valendo-se de uma nova denominação – agente econômico (art. 2º., par. 1º.) –, permite não apenas aos empresários, mas igualmente aos profissionais liberais (escritórios de advocacia, contabilidade, dentistas etc.), bem como aos produtores rurais, às associações e às fundações, adotarem as medidas protetivas já mencionadas, o que naturalmente resultará em maior número de demandas.

Além disso, se é dado a qualquer pessoa que explore a atividade econômica o direito de evitar a liquidação de uma atividade viável, igualmente deve ser prevista a possibilidade de encerramento da atividade inviável, não tendo o PL 1.397 cuidado de estabelecer a decretação da falência desses agentes econômicos, condição necessária para a igualdade jurídica em uma economia baseada na livre iniciativa e na livre concorrência.

Portanto, se de um lado pode ser desejável que qualquer agente econômico possa se valer das medidas de proteção para a manutenção de negócios viáveis, é preciso que seja ajustada toda a legislação que ainda trata esses devedores de forma mais benéfica do que os empresários, igualando-os em matéria falimentar.

---

[4] Sobre o tema, cf. Glauco Alves Martins, que sustenta a possibilidade de equiparação dos benefícios da recuperação judicial à extrajudicial em razão da atuação judicial no controle de planos de recuperação que pudessem ser prejudiciais a credores (MARTINS, Glauco Alves. *A recuperação extrajudicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 58)

Quanto ao consumidor, foi excluído expressamente do âmbito de incidência subjetiva do PL 1.397, como se vê do texto do art. 2º., parágrafo 2º: “O disposto neste Capítulo não se aplica ao adquirente ou utilizador de produto ou serviço como destinatário final, nos termos do art. 2º. Da Lei no. 8.078, de 11 de setembro de 1990.”

4. A ausência de proteção aos interesses do consumidor no PL 1.397/2020

O PL 1.397, ao excluir de sua incidência o consumidor, não permite a este relevante ator da cena econômica a utilização de mecanismos de proteção contra seus credores, impedindo, por exemplo, que ele possa utilizar-se da suspensão legal por 30 dias e da negociação preventiva judicial por 90 dias.

Não há razão econômica ou jurídica para impedimento absoluto e genérico à proteção do consumidor, uma vez que ele também pode ter sido atingido negativamente pela pandemia da Covid-19, encontrando-se impossibilitado do cumprimento das obrigações anteriormente assumidas, com risco de prejuízo à sua subsistência.[5]

É verdade que o consumidor não está sujeito à decretação da falência, pois não atua no mercado como empresário, mas se o objetivo do PL 1.397 era assegurar proteção a quem foi impactado pela pandemia, deveria ter previsto alguma medida em favor dos consumidores endividados e sem capacidade de liquidar suas obrigações porque afetados pela mesma causa que atingiu os empresários.

Com relação aos consumidores que ostentam a posição de credoras de agentes econômicos em crise, o PL 1.397 igualmente não fez qualquer ressalva, permitindo ao devedor que suspenda todos os pagamentos em favor dos consumidores, mesmo aqueles mais necessitados e que deveriam ter alguma proteção, como, por exemplo, o que tem alguma verba de natureza alimentar a receber.

---

[5] Acerca do tema, cf. BUCAR, Daniel. *Superendividamento:* reabilitação patrimonial da pessoa humana. São Paulo: Saraiva, 2017.

5. Conclusão

O PL 1.397, com o propósito de criar medidas emergenciais destinadas a proteger os agentes econômicos dos impactos negativos causados pela pandemia na Covid-19, apresenta mais efeitos perversos do que benéficos à economia e ao Poder Judiciário. Como visto, o PL 1.397 institui uma moratória por 30 dias em favor de qualquer agente econômico, exceto o consumidor, que será o único ator da cena econômica obrigado a satisfazer todas as suas obrigações, mesmo impactado negativamente pela pandemia da Covid-19. Supondo que o devedor não tenha celebrado acordo com seus credores em 30 dias, ele poderá ingressar em juízo com o pedido de negociação preventiva, provando redução de 30% do faturamento. Com isso, o devedor ganhará mais 90 dias para tratativas extrajudiciais, sem que possa ser cobrado por qualquer credor, inclusive os consumidores com direito a alguma verba de natureza alimentar. Após a negociação preventiva, o devedor ainda poderá requerer recuperação judicial ou extrajudicial, segundo as normas da Lei 11.101/2005, o que é um incentivo ao uso das três medidas, com aumento das demandas judiciais.

Instituir a medida de negociação coletiva com a intervenção judicial prévia, em meio à situação emergencial da pandemia, não resultará em benefícios aos agentes econômicos e causará sobrecarga ao Poder Judiciário. Cabe aos agentes econômicos os esforços nas negociações privadas, a utilização da recuperação extrajudicial, e, somente depois de esgotados os esforços extrajudiciais, deve haver recurso à recuperação judicial, conforme decisão proferida no processo n. 050778-50.2020.8.26.0100, da 2ª. Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca da Capital.

Referências

BUCAR, Daniel. *Superendividamento*: a reabilitação patrimonial da pessoa humana. São Paulo: Saraiva, 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINS, Glauco Alves. *A recuperação extrajudicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 2ª Vara de Falências e Recuperações da Comarca da Capital. Processo n. 050778-50.2020.8.26.0100, j. 24 jun. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva (UE) 2019/1023 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia*. Bruxelas, 2019.

Da tutela administrativa do consumidor em tempos de pandemia da Covid-19[1]

Ricardo Morishita Wada[2]
Advogado

Sumário: Introdução. 1. As demandas dos consumidores nos órgãos de proteção e defesa do consumidor. 2. Análise das principais providências da tutela administrativa. 2.1. A tutela administrativa no atendimento e solução dos conflitos. 3. Conclusão. Referências.

Resumo: o presente trabalho trata do tema da tutela administrativa dos consumidores em tempos de pandemia decorrentes da Covid-19. O objetivo central desta pesquisa é examinar o trabalho realizado pelos Procons no atendimento das demandas dos consumidores registradas no Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor. O método de abordagem foi empírico, com a seleção dos casos registrados nos Procons e suas respectivas soluções ou encaminhamentos, com posterior análise indutiva e teorética, sempre considerando a base legal e doutrinária existente. Como resultado da análise, além da exposição panorâmica das providências adotadas, é possível verificar os avanços e os desafios da tutela administrativa da proteção do consumidor.

Palavras-chave: Direto do Consumidor. Pandemia. Tutela Administrativa. Procons.

---

[1] Artigo científico apresentado à Escola Paulista de Magistratura – EPM.

[2] Professor de Direito do Consumidor na Escola de Direito de Brasília – Instituto Brasiliense de Direito Público e no Centro Universitário de Brasília. Bacharel em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito pela USP/Largo de São Francisco. Doutor em Direito pela PUC/SP.

Introdução

A instituição do estado de emergência em saúde pública acarretou inúmeros impactos na vida e na economia de milhões de brasileiros. O distanciamento social e a proibição de funcionamento de vários estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços afetaram diretamente as relações contratuais de consumo. Consumidores e fornecedores foram afetados. Nesse contexto inédito para o direito e, em especial, para o direito do consumidor, é objeto central da pesquisa examinar como se deu a tutela administrativa das relações de consumo, tendo em vista o período excepcional da vida nacional. Para tanto, considerou-se a tutela administrativa realizada pelos órgãos estaduais de proteção e defesa do consumidor – Procons Estaduais em todo Brasil. Considerou-se, ainda, o período demarcado pelo ato declaratório do estado de emergência em saúde pública pela contaminação humana decorrente do novo coronavírus (Covid-19), veiculado pela Portaria n. 188, de 3 de fevereiro de 2020, até o meio do mês de julho de 2020, para a análise dos dados de registros de atendimentos públicos do Sistema de Informações de Defesa do Consumidor (Sindec), do Ministério da Justiça e Segurança Pública.[3]

A questão em pesquisa tem sua origem no convite realizado pela Escola Paulista de Magistratura para o exame da tutela administrativa do consumidor, diante dos inúmeros impactos no mercado de consumo decorrente da pandemia. A natureza do problema reclama a utilização de metodologia empírica, em que se examinará os registros públicos disponíveis das reclamações dos consumidores. Por meio do conjunto de reclamações, será possível sistematizar os grandes temas e, assim, indicar as principais linhas de atuação dos órgãos de defesa do consumidor. Realizada a sistematização dos casos, será examinada a essência do conflito e, diante da revisão bibliográfica aplicável, apresentados os resultados dos atendimentos no período da pandemia, por meio de valores de participação percentual arredondados.

[3] BRASIL. Portaria n. 188, de 3 de fevereiro de 2020. Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV).

A tutela administrativa, desse modo, será examinada em três capítulos, sendo o primeiro relacionado aos registros encontrados nos órgãos de proteção e defesa do consumidor no período de janeiro até a primeira quinzena de junho de 2020. A sistematização dos registros permitirá apontar as grandes demandas dos consumidores. No próximo capítulo, será realizada a análise das providências adotadas pelos Procons, no âmbito de suas atribuições, isto é, na circunscrição territorial de sua área de atuação. O recorte metodológico não considerará o órgão nacional, a Secretária Nacional do Consumidor, que não realiza o atendimento aos consumidores de forma individualizada. Como é sabido, a competência para proteção do consumidor é descentralizada, segundo art. 24, V da Constituição da República e art. 55 do Código de Defesa do Consumidor. Portanto, a análise da atuação dos estados federados permitirá responder ao questionamento realizado. Não será analisada a intervenção administrativa para imposição de sanções. Embora existam notícias públicas das atividades, o registro do processo sancionatório não conta com um banco de dados públicos que permita, com precisão, apontar a dimensão deste exercício pelos Procons no período da pandemia.

Por fim, no último capítulo, será apresentado um quadro resumo das principais reclamações e o objeto de conflito destacado em cada um deles. A delimitação das reclamações permitirá apresentar algumas reflexões sobre a tutela realizada, com destaque para os seus avanços e desafios existentes.

1. As demandas dos consumidores nos órgãos de proteção e defesa do consumidor

A tutela administrativa de proteção do consumidor é realizada, nos termos do art. 4º, II, alínea “a”, do Código de Defesa do Consumidor,[4] por iniciativa direta do Estado. A realização dessa disposição legal

[4] “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...] II — ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: a) por iniciativa direta;” BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: https://bit.ly/3bT7WxK. Acesso em: 13 jul. 2020.

se dá com a instituição dos órgãos de proteção e defesa do consumidor, os denominados Procons.

Por força do disposto no art. 24, V da Constituição da República de 1988, a competência para proteção dos consumidores é concorrente entre a União e os estados. Os municípios também possuem competência para atuarem, mas seu fundamento repousa no art. 30 da Carta da República, diante de seu peculiar interesse. É possível observar a força normativa constitucional que teve seus comandos materializados na regra do art. 55 do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece a competência concorrente da União, estados, municípios e Distrito Federal para fiscalização das violações aos direitos dos consumidores.

Presentes nos 26 estados da federação, além do Distrito Federal e em 900 municípios,[5] os Procons foram instituídos, na sua maioria, após a promulgação da Constituição da República em 1988 e a edição do Código de Defesa do Consumidor em 1990. Exceção ao Procon do estado de São Paulo, criado em 1976. Quando considerado o movimento de defesa do consumidor de uma forma mais ampla, além dos órgãos públicos, é possível indicar outras duas entidades privadas de proteção ao consumidor, a APC – Associação de Proteção ao Consumidor de Porto Alegre e a ADOC – Associação de Defesa e Orientação do Consumidor de Curitiba.

Desde o ano de 2003, os Procons estaduais e do Distrito Federal iniciaram, juntamente com o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC, um programa de integração dos sistemas de atendimento aos consumidores, o que permitiu a formação de uma base de dados cooperativa, pública e centralizada e a edição do Cadastro Nacional de Reclamações Fundamentadas, nos termos do art. 44 do CDC. Trata-se do denominado Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor – Sindec.[6]

No dia 6 de outubro de 2004, o Sindec teve início e, atualmente, reúne mais de 26 milhões de atendimentos de consumidores,

---

[5] O número é aproximado, pois muitos órgãos municipais podem ser instituídos, porém, diante da crise sanitária e fiscal, acabam por não operar os atendimentos. De forma mais precisa, podemos indicar os dados de registros no Sindec, que informa haver 734 municípios integrados ao sistema de atendimento. Disponível em: https://bit.ly/3hgHWNS. Acesso em: 12 jul. 2020.

[6] Disponível em: https://bit.ly/3hgHWNS. Acesso em: 12 jul. 2020.

integrando 622 Procons estaduais e municipais, com 960 postos de atendimento em todo Brasil.[7]

Nesse significativo e único cadastro público de registros de atendimento de defesa do consumidor é possível verificar que entre 1º de janeiro de 2020 e 12 de julho de 2020 foram realizados *1.045.163 atendimentos* aos consumidores em todo Brasil.[8] No ano de 2019, o total de atendimentos representou 2,5 milhões de registros, o que representa uma média de 208 mil registros por mês. Se considerarmos, aproximadamente, os seis meses mais doze dias de 2020, a média mensal de atendimento será de 149 mil. Houve, portanto, uma redução significativa dos atendimentos. Isso se explica em razão do distanciamento social e o fechamento do atendimento presencial dos Procons.

A maioria dos atendimentos realizados pelos Procons representa reclamações ou denúncias de irregularidades – *78%* de todos os registros – e apenas *22%* classificados como consulta e informações sobre o exercício de direitos. Nem sempre foi assim. A demanda por informações e orientação representou, em 2010, quase a metade dos registros de todos os atendimentos, ou seja, *48%* do total de consumidores atendidos. Na última década, é possível acompanhar um decréscimo na demanda dos consumidores aos Procons por informação e orientação e um aumento pela demanda de providências diante de insatisfações ou irregularidades cometidas no mercado de consumo.

As *áreas mais demandadas* pelos consumidores nos atendimentos dos Procons durante a pandemia foram os *assuntos financeiros*, representando 26% de todos os registros, seguidos das reclamações sobre *produtos*, com *23%*, e reclamações sobre *telecomunicações*, das reclamações, que reúne os temas de telefonia, televisão por assinatura e acesso à *internet*, com *20%*. Os registros do 1º semestre de 2020, isolados, permitem notar que as demandas relacionadas aos produtos superaram as demandas de telecomunicações. A conclusão somente pode ser parcial, pois novos registros ocorrerão ao longo do ano.

---

[7] Consulta ao sítio oficial do Ministério da Justiça e Segurança Pública. Disponível em: https://bit.ly/3k2PUvG. Acesso em: 12 jul. 2020.

[8] Consulta ao sítio oficial do Ministério da Justiça e Segurança Pública Disponível em: https://bit.ly/3k2PUvG. Acesso em: 12 jul. 2020.

Os *serviços privado*s ficaram com *16%* dos registros, e os *serviços essenciais* com *11%*. Importante notar que os serviços essenciais representam um acesso universal, o que implica um número muito maior de consumidores, relativamente quando comparados aos serviços privados.

Mesmo em um contexto de pandemia, a demanda por *áreas de saúde* representou apenas *3%* dos registros, seguidos por reclamações de *alimentos,* com *2%* e *habitação*, com apenas *1%* dos registros. É usual que o consumidor, diante de um problema com o fornecedor de serviços de saúde suplementar, procure diretamente o Poder Judiciário, porque sabe que terá uma decisão definitiva, além de, muitas vezes, procurar uma tutela de emergência com resposta imediata ao seu problema. Nesse sentido, não houve alteração em relação aos anos anteriores. Outro fator a ser considerado é a mudança do perfil dos consumidores demandantes, que nem sempre dispõe de condições para contratar um plano de saúde.

Como foi possível verificar, a *área de assuntos financeiros foi a área mais demandada* nesse período nos órgãos de defesa do consumi~~dor. Essa demanda é confirmada ao realizar um novo recorte na pes-~~quisa. A busca por assuntos reclamados permite afirmar que bancos comerciais, cartões de crédito e financeiras representaram *15%* de todos os registros.

Importante esclarecer que a área de financeiros é abrangente, e vai além dos bancos, cartões e financeiras, por considerar também as operações de cartões, crédito ou financiamento realizadas pelo varejo. Explica-se, assim, a diferença de 26% para 15%. O exame por assuntos permite uma precisão maior sobre os fornecedores que ensejaram a demanda do consumidor. Ademais, permite identificar outros atores que, igualmente, passam a exigir a atenção dos órgãos de defesa do consumidor por demandas financeiras, como no caso dos varejistas ou mesmo das empresas de telefonia. O mesmo ocorre com as demandas de seguradoras, que correspondem à área de assuntos financeiros, mas que não são demandadas pelos consumidores nos registros de bancos, cartão de crédito ou financeiras.

As transformações no mercado de consumo revelam que os problemas se tornaram mais complexos: o setor de serviços é fortemente impactado por "produtos" financeiros que afetam os consumidores e exigem políticas públicas específicas para prevenir ou reparar danos sofridos.

Uma análise ainda mais restrita e precisa no campo de *assuntos demandados* permite notar que a *telefonia celular* representou *11%* de todos os registros. Não foi diferente dos anos anteriores. Comparativamente, no ano de 2019, tal item representou 14% dos registros e, em 2018, as reclamações representaram 13% nos Procons. Embora o valor seja menor — 11% — é importante considerar que os dados se referem ao primeiro e ao segundo trimestres de 2020. Pode ser que até o fim do ano o volume seja igual ou maior que os anos anteriores.

Do mesmo modo, nota-se que os *bancos comerciais* obtiveram, de janeiro a 12 de julho de 2020, o total de 61.282 registros de atendimentos, ou seja, *6%* de todos os assuntos demandados. Destaca-se a *energia elétrica,* com *7%* das demandas do período. Apesar de os registros se aterem ao primeiro semestre de 2020, pode-se notar um crescimento gradual nessa demanda em relação aos anos anteriores: em 2019 ela representava *6%*; em 2018, *5%* e; em 2017, *5%*.

Demandas da *área financeira* e de *telecomunicaçõe*s têm sido frequentes nas últimas décadas nos atendimentos dos Procons e, em boa medida, também, no próprio Poder Judiciário. Outro assunto frequente nos atendimentos dos Procons são os serviços essenciais — *telefonia fixa* e *energia elétrica.* Juntos, eles representaram outra parcela importante das reclamações, com *12%* dos registros dos consumidores diante de todos os assuntos possíveis[9] nas relações de consumo.

Há, ainda, outro critério tradicional para o exame mais qualitativo das reclamações dos consumidores. É possível verificar os problemas[10] mais frequentes dos consumidores brasileiros, independentemente das áreas ou assuntos pesquisados.

---

[9] A "cauda" de assuntos reclamados e registrados no Sindec é bastante longa, tanto que 37,06% de todos os registros representam uma classificação geral de "outros", dada a dificuldade de agregação em categorias definidas. Em 2020, foram mais de 352.617 registros. Daí a importância dos 10,94% de reclamações, que representam um único assunto.

[10] A sistematização dos registros de atendimentos dos consumidores exigiu uma padronização na linguagem utilizada para formação do banco de dados de atendimentos. Assim, embora cada reclamação represente um universo próprio, com características e nuances específicas, foi convencionado entre os Procons a utilização de uma tabela que contivesse a classificação dos problemas relatados pelos consumidores. Hoje, diante da tecnologia disponível, a classificação seria considerada superada, dada a possibilidade de consulta direta ao próprio texto da reclamação para retirar dela os elementos ofensores ou os pontos conflitivos na relação com o fornecedor.

O exame dos problemas permite realizar algumas associações com os direitos dos consumidores previstos no Código de Defesa do Consumidor. Considera-se a tutela existente e prevista no texto de proteção ao consumidor.

Assim, no atual período de pandemia, os *problemas* que mais exigiram a tutela administrativa do consumidor foram as reclamações relacionadas a *cobranças indevidas ou abusivas*, com 23,81% de todos os registros. Trata-se da média geral de todos os assuntos registrados nos Procons estaduais e municipais integrados ao Sindec.

Ao isolar o problema "cobranças indevidas" por assunto, é possível notar que quase a metade das reclamações de *telefonia celular* são *cobranças indevidas*, com *44%* dos registros. Os problemas relacionados ao *direito à informação* representam a segunda maior demanda, com *11%* dos registros, muito próximo dos *problemas de efetividade* dos serviços de atendimento ao consumidor (SAC), com *10%* das reclamações.

Em relação aos *bancos comerciais*, os problemas de *cobranças indevidas* são *33%* dos registros, superando a média de reclamações do mercado (25%). A segunda maior demanda está relacionada aos *problemas de cumprimento, alteração e irregularidades nos contratos,* com *12%* das reclamações. E o terceiro maior problema está relacionado à *resolução de demandas* nos serviços de atendimentos, representando *10%* das reclamações.

Destacam-se, ainda, os problemas registrados pelos consumidores contra os *cartões de crédito* por *cobrança indevida,* com *43%* dos registros, quase a metade das reclamações, e quase o dobro da média do mercado (25%). Do mesmo modo, *o cálculo da prestação* ou a reclamação contra a *taxa de juros cobrada* representam a segunda maior demanda com *12%* das reclamações. O terceiro maior problema, assim como nos casos dos bancos comerciais, relaciona-se às demandas referentes ao *cumprimento do contrato, alteração, transferência, irregularidades, rescisão e outros*, com *9%* dos registros.

O maior destaque no período de janeiro a julho de 2020 é o da *energia elétrica*, que representa *66%* de reclamações sobre cobranças indevidas ou abusivas.

Em resumo, considerando os registros do Sindec, as principais *áreas* reclamadas são: (i) Assuntos Financeiros; (ii) Produtos; e (iii) Telecomunicações. Os *assuntos* mais reclamados, por sua vez, são: (i)

Telefone Celular; (ii) Energia elétrica; (iii) Banco Comercial; e (iv) Cartão de Crédito. E, finalmente, os problemas apresentados pelos consumidores foram: (i) Cobrança indevida; (ii) Não entrega ou demora de entrega do produto; e (iii) Resolutividade do Serviço de Atendimento ao Consumidor.

2. Análise das principais providências da tutela administrativa

A tutela administrativa de proteção ao consumidor pode ser sintetizada em três grandes eixos:[11] (i) atividades de atendimento e encaminhamento das reclamações; (ii) educação, informação e orientação de consumidores e fornecedores; e (iii) fiscalização e supervisão do mercado de consumo. É possível que outras atividades sejam desenvolvidas e especificadas por cada ente federativo, no exercício de suas competências concorrentes.

2.1. A tutela administrativa no atendimento e solução dos conflitos

O atendimento aos consumidores pode ocorrer pelos canais de atendimento pessoal, telefônico e eletrônico. Um dos grandes avanços da defesa do consumidor é o sistema de reclamações denominado "consumidor.gov.br."[12] Trata-se da possibilidade de o consumidor acessar diretamente o fornecedor em uma plataforma desenvolvida pela Secretaria Nacional do Consumidor. A regra estratégica é que todos os fornecedores que participam da plataforma devem firmar compromisso

---

[11] O artigo 105 do Código de Defesa do Consumidor define as atribuições do Departamento Nacional de Defesa do Consumidor e, de uma forma geral, verifica-se que as atividades de educação, orientação e informação estão presentes, assim como, a fiscalização e a supervisão. O atendimento individual dos consumidores não está presente, uma vez que poderia ser atípico para um órgão de coordenação assumir atividades de atendimento individual, que são realizadas em todos os estados brasileiros pelos Procons estaduais, municipais e do Distrito Federal.

[12] A plataforma consumidor.gov.br "é um serviço público que permite a interlocução direta entre consumidores e empresas para solução de conflitos de consumo pela internet", segundo a Secretaria Nacional do Consumidor. Disponível em: https://bit.ly/35wkkCm. Acesso em: 12 jul. 2020.

de conduta com a Senacon, órgão gestor do sistema. O compromisso expressa deveres de cumprimento de prazos máximos para respostas ao consumidor e de resolutividade dos conflitos. A transparência dos dados e das avaliações dos consumidores também permite à sociedade controlar a conduta dos fornecedores e consumidores.

A plataforma consumidor.gov.br possui quase 2 milhões de consumidores cadastrados e *839 empresas* participantes, sendo o volume de *reclamações finalizadas*, desde seu início até junho de 2020, de *2.870.595 atendimentos*.

Comparativamente, os atendimentos realizados diretamente nos Procons registrados no *Sindec* totalizam mais de *26 milhões de registros*. Somente em 2019, foram mais *2,5 milhões* de registros, compreendendo o atendimento pessoal, telefônico e eletrônico. O estado de *São Paulo*, no ano de 2019, contribuiu com *32% do volume naciona*l de atendimentos. Realizou *796.032* registros de atendimento, sendo *304.814* registros correspondentes aos atendimentos da *Fundação Procon São Paulo*, que possui seus centros de atendimento na capital e no Grande ABC.

Até junho de 2020, os registros apontam para o atendimento de *1.045.163* demandas de consumidores nos sistemas de atendimentos dos Procons. A *tutela administrativa ocorreu*, mesmo em um contexto de distanciamento social. Desses atendimentos, *a média de solução corresponde a 77%*, ou seja, *801.221 consumidores* tiveram preliminarmente sua *demanda solucionada*.

Para tratar dos resultados dos atendimentos realizados nos Procons, pode-se sistematizar as áreas mais demandadas pelos consumidores. No entanto, a utilização do critério de seleção "assuntos" permite uma precisão maior para examinar e isolar os principais eventos que levaram os consumidores a demandarem e reclamarem nos órgãos de proteção e defesa do consumidor.

Assim, temos que os *principais assuntos* demandados pelos consumidores nesse ano de pandemia referem-se a telefone celular, energia elétrica, bancos comerciais e cartão de crédito. De certo modo, não houve nenhum dado novo, pois são assuntos usualmente reclamados pelos consumidores nos últimos dez anos de registros do Sindec.

Se os assuntos são habituais, é possível notar que possuem um alto índice de resolutividade. No caso das empresas de telecomunicações é

possível, segundo dados do Sindec,[13] constatar que a empresa *Vivo* possui um índice de solução preliminar de *90%* das reclamações.[14] Significa dizer que a reclamação do consumidor é solucionada preliminarmente, sendo dispensada a necessidade de instauração de procedimentos para inscrição no cadastro de reclamações fundamentadas[15] ou de designação de audiência para composição do conflito. Em 2019, o índice da empresa foi de 88%. Portanto, até o momento, mesmo no período da pandemia, houve um aumento de soluções preliminares.

A alta resolutividade das reclamações, segundo dados do Sindec, é acompanhada pelas outras empresas. A *Claro* possui um índice de *87%* de solução preliminar de reclamações e representa, ao menos momentaneamente, uma redução em relação ao ano passado, em que obteve seu mais alto índice de resolutividade — 88,43%. No caso da *Oi,* o índice é de *86%* e, como a Vivo, representa um aumento em relação ao ano passado, que foi de 80%. A *Tim* tem *82%* de solução em 2020, o que também representa um aumento, pois era de 80% no ano anterior.

Apesar da possibilidade de alterações nas tendências dos números e percentuais apresentados, a depender do cenário social e da política das empresas, vale destacar que os resultados, até o momento, são positivos tanto para os consumidores como para os fornecedores, pois representam uma importante tutela dos direitos dos consumidores, no âmbito administrativo. *A solução de 8 reclamações em cada 10 reclamações* é positiva e permite afirmar a efetividade da tutela administrativa dos consumidores.

Em relação aos bancos comerciais, adota-se o mesmo critério do setor de telefonia, evidenciando a performance dos cinco maiores bancos do setor – Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal, Itaú, Bradesco e Santander – para apresentar uma visão panorâmica do setor.

O *Banco Bradesco* possui um índice de solução preliminar de *81%;* seguido pelo *Banco Itaú (80%); Santander (80%); Caixa Econômica Federal (79%)* e *Banco do Brasil (75%*). O resultado de 2020 reflete a

---

[13] Disponível em: https://bit.ly/32hsLzr. Acesso em: 12 jul. 2020.

[14] Todas as consultas sobre a resolutividade das empresas foram realizadas no site disponível em: https://bit.ly/32hsLzr. Acesso em: 12 jul. 2020.

[15] BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Art. 44 do Código de Defesa do Consumidor que trata do denominado Cadastro de Reclamações Fundamentadas.

consulta realizada às 00h05 do dia 13 de julho de 2020. Nota-se que, até o momento, tais bancos apresentam uma resolutividade acima da média do mercado (76%), com exceção ao Banco do Brasil.

A preocupação recai sobre o setor de *energia elétrica*, que tem apresentado um índice de solução preliminar abaixo da média do mercado que é de *76%*. Há sempre o risco de comparação com setores diversos e tão significativamente diferentes. Entretanto, na perspectiva do consumidor, a resolutividade é um parâmetro importante porque representa esforços para evitar que ocorra uma reclamação e, quando ela ocorre, a demonstração da utilização de meios disponíveis para uma rápida solução.

Alguns dados do setor segmentado por regiões de atendimento dos Procons permitem ter uma perspectiva geral das demandas e da tutela administrativa de proteção ao consumidor. Para realizar um recorte no âmbito da pesquisa, foram selecionados apenas os registros dos Procons da *região Sudeste*, compreendendo os estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Espírito Santo.

No caso do estado do Espírito Santo, o setor de energia representa *4%* das demandas em julho de 2020, enquanto a telefonia corresponde a 9%. O índice de solução preliminar da empresa *Espírito Santo Centrais Elétricas* é de *83%*. No caso de Minas Gerais, o assunto energia elétrica corresponde a *4%* das demandas, sendo que o índice de solução preliminar da *Cemig* é de *87%*. No Rio de Janeiro, o assunto energia elétrica corresponde a *4%* dos registros, e o índice da *Light Serviços de Eletricidade* é de *99%*.

De acordo com o Sindec, o estado de São Paulo recebeu, no mesmo período, 34.800 reclamações de energia elétrica, liderando, com *9%* de todas as demandas, o *ranking* de assuntos reclamados. O índice de solução da empresa *Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo* foi de apenas *57%*, abaixo da média estadual de solução preliminar, que é de 74%. Já a *Companhia Paulista de Força e Luz* (CPFL) obteve o índice de solução preliminar de *75%*, um pouco acima da média estadual. A *Bandeirante Energia* também apresentou um índice de apenas *57%* de solução preliminar e a *Elektro – Eletricidade e Serviços S/A* teve *69%*. No ranking público da página eletrônica do Sindec estão relacionadas apenas as empresas com número total de soluções de preliminares acima de 100 registros. Pode ser que outras empresas constem do sistema, mas não estão disponíveis na página pública.

No Brasil, a cobrança indevida ou abusiva, como problema, representa *25%* de todas as reclamações recebidas pelos órgãos de defesa do consumidor, entre janeiro de 2020 até 12 de julho de 2020, compreendendo, portanto, o período de emergência em saúde pública com a pandemia decorrente da Covid-19.

Um rápido exame das reclamações registradas na plataforma consumidor.gov.br[16] permite notar os relatos dos consumidores sobre as cobranças indevidas. Usualmente, elas ocorrem quando o consumidor não reconhece o serviço prestado ou os valores apresentados. É mais do que um simples problema de informação. No caso de serviços não contratados e cobrados ou descontados diretamente da conta do consumidor, a prática é expressamente vedada pelo art. 39, III do CDC. Os valores pagos ou diretamente descontados incorrem na cobrança prevista no art. 42 do CDC e ensejam a restituição em dobro do valor indevidamente recebido pelo fornecedor. Nesse particular, não é possível considerar uma prática comercial abusiva como erro justificável a ensejar a dispensa da devolução em dobro.

Espera-se que o fornecedor aja com responsabilidade redobrada quando propõe ao consumidor o débito direto na sua conta corrente ou mesmo o lançamento direto na fatura do cartão de crédito. Espera-se, consoante o art. 6º, VI do CDC, que ele aja preventivamente, evitando-se o prejuízo ao consumidor ou, ao menos realizar o atendimento direto, ativo e imediato, de forma a evitar mais dispêndio do tempo ou dos recursos públicos que exigem o registro da reclamação para que ela seja devidamente tratada.

A cobrança indevida ou abusiva é espécie do gênero das práticas comerciais abusivas. A existência do abuso pressupõe a impossibilidade de o consumidor se defender, dada sua vulnerabilidade, o que viola a boa-fé necessária para a relação de consumo.[17] Exatamente o que ocorre quando ele confia no fornecedor e espera que os serviços não contratados não sejam cobrados, assim como quando realiza o cancelamento

[16] Disponível em: https://bit.ly/2DLPNVM. Acesso em: 12 jul. 2020.

[17] WADA, Ricardo Morishita. *A proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas no código de defesa do consumidor:* novo ensaio para sistematização e aplicação do direito do consumidor. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2016.

ou a rescisão da prestação de serviços. Não há meio de defesa porque a conduta é inesperada, excessiva e, portanto, abusiva por parte do fornecedor.

É possível notar que o excesso ou abuso ocorre quando o ato praticado pelo fornecedor considera a dificuldade ou capacidade do consumidor compreender ou ter a habilidade para proteger seus interesses.[18] Na maioria das vezes, as reclamações de cobranças indevidas ou abusivas ocorrem porque o consumidor não identifica o serviço contratado e, tampouco, os valores cobrados ou diretamente debitados em sua conta.

Importante registrar que, mesmo com o avanço da tecnologia e o aprimoramento dos procedimentos, permitindo um acesso muito maior ao controle das reclamações, o volume de demandas em relação ao setor de telecomunicações e bancos continua sendo um dos mais persistentes nos atendimentos dos Procons, apesar da alta resolutividade.

A implementação de ferramentas digitais, tais como a plataforma do Ministério da Justiça e Segurança Pública — o consumidor.gov.br — tem contribuído para a ampliação do acesso, porém, acaba esbarrando na educação digital de parte[19] dos consumidores, que ainda precisam recorrer ao atendimento presencial para fazer valer os seus direitos.

A cobrança indevida ou abusiva encontra seus limites no texto de proteção ao consumidor, que estabelece no art. 39, inciso V, a proibição de se exigir do consumidor vantagem que seja manifestamente excessiva.

Claudia Lima Marques[20] examina a disposição e considera que é possível notar que o art. 39, inciso V, atua como cláusula geral:

---

[18] Disponível em: https://bit.ly/3imAemz. Acesso em: 12 jul. 2020.

[19] Apesar do aumento gradual de consumidores conectados — 134 milhões de usuários —, ou seja, 74% da população, 47 milhões de usuários seguem desconectados. A segmentação por faixas de renda revela que 43% das faixas D/E não possuem acesso. Outro dado relevante está na forma de uso da *internet:* 92% está relacionado à troca de mensagens, 76% a redes sociais e 73% a chamadas de voz e vídeo. Vide mais dados disponíveis em: https://bit.ly/3ijXsJZ. Acesso em: 10 set. 2020.

[20] MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Em e-book, baseada na 7.ed. p. 888.

> Quanto à vantagem excessiva, mister lembrar que esta pode ser alcançada também na forma de cobrança da dívida, o que impediria o consumidor de exercer seu direito de discutir a dívida, podendo haver a devolução em dobro mencionada no art. 42, parágrafo único. Esta norma atua como cláusula geral, permitindo proibir inclusive a cobrança de tributos, na histórica decisão do STJ [...].

As eventuais cobranças e recebimentos dos valores representam um exaurimento da conduta ofensiva, seja em razão da gratuidade dos produtos ou serviços não solicitados, ou ainda, pela vantagem excessiva imposta ao consumidor de suportar o pagamento e posteriormente ter a obrigação de recorrer para que ele seja restituído. Por isso, os valores recebidos indevidamente precisam ser restituídos em dobro pelos fornecedores. Como afirmado, o cometimento de uma prática abusiva não pode ser considerado erro justificável.

Não se pode afirmar que os excessos e abusos na cobrança de valores decorrem de uma vontade deliberada do fornecedor de prejudicar o consumidor, ainda que comporte exceções. Porém, ela ocorre porque o ilícito pode representar uma redução de custos, necessidade de investimentos ou, ainda, parte da lucratividade da empresa, como no exame realizado por Pedro Rubin Borges Fortes.[21] Daí a importância de haver a obrigatoriedade de restituição dos valores pagos indevidamente pelos consumidores em dobro, consoante prevê art. 42, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor, minorando os ganhos ou acentuando os custos da ilegalidade, o que representará um necessário incentivo aos mecanismos preventivos e reparatórios aos consumidores.

[21] FORTES, Pedro Rubin Borges. O fenômeno da ilicitude lucrativa. *Revista de Estudos Institucionais*, v. 5, n. 1, p. 104-132, 2019 Disponível em: https://bit.ly/33kCEvN. Acesso em 13 jul. 2020.

Conclusão

A tutela administrativa dos consumidores na pandemia assegurou um importante acesso dos consumidores aos seus direitos. Embora tenha ocorrido uma redução das demandas, os problemas não cessaram e mantiveram a tendência de anos anteriores.

A surpresa, nesse período, foi representada pelo setor de energia elétrica, que despontou com as reclamações relacionadas a cobranças indevidas ou abusivas. O percentual de solução preliminar no estado de São Paulo esteve abaixo da média nacional e dos demais Procons da região Sudeste (Minas Gerais, Espírito Santo e Rio de Janeiro).

A cobrança abusiva ou indevida continua sendo o principal problema dos consumidores que buscam os atendimentos dos Procons estaduais e municipais integrados ao Sistema de Informação Nacional de Defesa do Consumidor.

Ela representa uma prática comercial abusiva e, embora os acordos ocorram em escala crescente, expressão da efetividade das políticas estaduais e municipais de defesa do consumidor, há ainda outros instrumentos no texto de proteção ao consumidor que poderiam ser utilizados.

A restituição dos valores pagos indevidamente, seja porque não correspondem ao produto ou serviço contratado, seja simplesmente porque não foram contratados, representa uma importante reparação aos consumidores e um incentivo para as políticas de prevenção e reparação de danos de toda sociedade.

Referências

BRASIL. *Constituição Federal*. 1988. Disponível em: https://bit.ly/3jRw06T. Acesso em: 14 jun. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: https://bit.ly/3bT7WxK. Acesso em: 13 jul. 2020.

BRASIL. Plataforma consumidor gov. Disponível em https://bit.ly/2DLPNVM. Acesso em: 12 jul. 2020.

BRASIL. Sindec Nacional. Disponível em: <https://bit.ly/3k2PUvG>. Acesso em: 12 jul. 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act. Disponível em: https://bit.ly/3imAemz. Acesso em: 12 jul. 2020.

FORTES, Pedro Rubin Borges. O fenômeno da ilicitude lucrativa. *Revista de Estudos Institucionais*, v. 5, n. 1, p. 104-132, 2019 Disponível em: https://bit.ly/33kCEvN. Acesso em 13 jul. 2020.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Em e-book baseada na 7.ed. p. 888.

WADA, Ricardo Morishita. *A proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas no código de defesa do consumidor*: novo ensaio para sistematização e aplicação do direito do consumidor. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2016.